الدكتور
عبد العزيز محمد عزام
أستاذ مساعد بجامعة الأزهر

الخيارات فى عقد البيع

دراسة فقهية بين المذاهب الثمانية

الطبعة الأولى

١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

دار الهدى للطباعة
٣ ش النواوى بالسيدة زينب

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم إنى أستعينك فإنه لاعون إلا عونك ، وأستهديك فإن الهدى هداك ، وأصلى وأسلم على جميع الأنبياء والمرسلين وعلى خاتمهم سيدنا محمد بن عبد الله الذى أرسلته رحمة للعالمين وهاديا للخلق أجمعين ، فبلغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وكشف الغمة ، وتركها على المحجة البيضاء ، ليلها كنهارها لايزيغ عنها إلا هالك أو منافق ، فصلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وأصحابه الأطهار الأبرار الذين نشروا دين الله وبلغوه للناس ، فسعدت به البشرية ردحا من الزمن حينما استمسكوا بتعاليمه الحقة ومبادئه السامية ، التى تزكى النفوس ، وتطهر القلوب ، وتنظم شئون الحياة . وعلى من سلك طريقهم وسار على نهجهم إلى يوم الدين .

وبعد : فهذا بحث فى الخيارات فى الفقه الإسلامى ، اخترته لأهميته من الناحية العملية وذلك كمحاولة لجعله أساسا لنظرية عامة فى الخيارات التى تدخل العقد فى الفقه الإسلامى . وقد رجعت فى هذا البحث لعديد من المراجع قديمها وحديثها واستقيت منها هذه المعلومات من ظانها فى أبواب الفقه المختلفة وحاولت عرضها بأسلوب واضح بقدر الإمكان مبينا آراء الفقهاء وأدلتهم ، وترجيح ما يستقيم فى نظرى دليله فى المذاهب الثمانية بقدر الوسع حسبما يتيسر لى من المراجع .

والله أسأل أن يوفقنا للصواب والرشاد ، وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم ، وأن ينفعنا به فى الدارين ، ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطانا ، ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا ، ربنا ولا تحملنا مالاطاقة لنا به ، واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

دكتور عبد العزيز محمد عزام

المقدمـــة وخطة البحث

فى معنى العقد وعلاقته بالخيارات وحكمة مشروعية الخيارات

لما كان هذا البحث فى الخيارات فى العقد كان من الضرورى أن نستهل ذلك بكلمة نبين فيها معنى العقد والخيار ، لتكون مدخلا لدراسة الخيارات فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ، وهذا يقتضينا أن نبين أولا : معنى العقد، وثانيا : معنى الخيارات فى العقد .

أولا : معنى العقد :

يطلق العقد فى اللغة ويراد منه الربط والشد الحسى . فيقال مثلا : عقد الحبل ، إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما ، ثم نقل هذا المعنى إلى الربط المعنوى بين الكلامين فى الاتفاقات المتبادلة ، ومن هنا كان العقد معناه لغة : الربط بين الكلامين ، ويدخل فيه العهد واليمين ، فإن اليمين يقوى عزم الحالف على فعل المحلوف عليه أو تركه ، وكذلك العهد يحكم الصلة بين المتعاقدين ويقويها[1] .

فالعقد عند أهل اللغة شامل للربط والتوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين . وهذا المعنى اللغوى يتفق تماما مع ماورد عن الفقهاء ، فكثيراً مانرى أن الفقهاء يطلقون العقد على ما كان صادراً عن طريق إرادتين متطابقتين ، كما أنهم يطلقونه أيضا على ما كان صادراً عن إرادة منفردة .

قال أبو بكر الجصاص : العقد مايعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ؛ لأن العقد إذا كان فى أصل اللغة الشد

---

(١) القاموس المحيط : جـ ١ ص ٣١٢ ، لسان العرب : جـ ٤ ص ٢٨٨ .

ثم نقل إلى الأيمان والعقود كعقود المبايعات ونحوها ، فإنما أريد به إلزام الوفاء ، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى فى المستقبل من الأوقات ، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات ؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به ، وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك . والشركة والمضاربة ونحوها تسمى عقوداً لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح والعمل لصاحبه ، وإلزام نفسه ، وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد[1] .

ومن هذا نرى أن الجصاص يطلق العقد على ما كان صادراً عن طريق إرادتين متطابقتين ويطلقه كذلك على ما كان صادراً عن طريق إرادة منفردة .

ويرى فريق آخر من الفقهاء : أن العقد يطلق على ما كان صادراً عن طريق إرادتين متطابقتين . وأما ما كان صادراً عن طريق إرادة منفردة فلا يسمى عقداً وإنما يسمى عهداً ، وعلى هذا فرق الطوسى بين العقد والعهد، بأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين اثنين ، والعهد قد ينفرد به واحد[2] .

أما العقد شرعا : فمعناه ، ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى محله[3] ومعنى هذا : أن العقد من قبيل الارتباط الاعتبارى فى

---

(١) راجع : أحكام القرآن : جـ ٢ ص ٣٦٠ .

(٢) تفسير روح المعانى للألوسى : جـ ٦ ص ٤٣ .

(٣) جاء فى العناية على شرح الهداية : (الانعقاد . . تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يثبت أثره فى محله) جـ ٥ ص ٤٥٦ .

نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما ويعبران عن هذه الإرادة بما يسمى بالإيجاب والقبول .

فإذا صدر الإيجاب والقبول مستكملين شرائطهما الشرعية اعتبر الشرع بينهما ارتباطا بسببه ، يظهر أثره فى المعقود عليه الذى هو محل العقد وهو الأموال التى يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها ، وذلك الأثر هو خروج المعقود عليه عن حالته الأولى إلى حالة جديدة ، فإن كان بيعاً خرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشترى وخرج الثمن من ملك المشترى إلى ملك البائع .

وتقييد الارتباط بكونه على وجه مشروع ليخرج الارتباط على غير الوجه المشروع كما إذا قال شخص لآخر : آجرتك على قتل فلان بكذا من المال أو على إتلاف زراعته أو سرقة مال . فقال : قبلت . فإن هذا غير مشروع ولا يظهر له أثر فى محل العقد .

والتقييد بكونه يثبت أثره فى محله ليخرج ما إذا وجد ارتباط بين كلامين لا يظهر له أثر كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين مناصفة فباع كل منهما نصيبه لصاحبه بما يكون لصاحبه من نصيب فى هذا العقار المشترك ، فإن هذا الكلام لا يفيد شيئا ولا أثر له فى العقد فلا يسمى عقداً وإنما يسمى لغواً .

الفرق بين العقد والتصرف والالتزام

لما كان العقد تصرفا من تصرفات الإنسان وجب أن نوضح الفرق بين كل من العقد والتصرف والالتزام .

معنى التصرف :

التصرف فى اصطلاح الفقهاء ، كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته

ويرتب الشرع عليه نتائج ، من قول أو ما يقوم مقامه من فعل أو إشارة ، فالتصرف على هذا أعم من العقد ؛ لأن العقد وإن كان نوعا من أنواع التصرفات إلا أنه تصرف قولى محض يتم نتيجة اتفاق إرادتين ، كالبيع والزواج وغيرهما من أنواع العقود ، أما التصرف فلايلزم فيه ذلك ، فيدخل فيه من التعهدات والالتزامات والإسقاطات ما ينفذ على الصادر منه بدون احتياج إلى قبول الآخر ، كالوقف والطلاق والإبراء ورد المبيع بخيار شرط أو رؤية ، فيكون كل عقد تصرف ولا عكس .

معنى الالتزام :

أما الالتزام ، فهو كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه سواء كان ذلك من شخص واحد ، كالوقف والطلاق المجرد عن المال ، والإبراء أم كان من شخصين كالبيع والإجارة .

ويمكن تعريفه بأنه : إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته وإما بإلزام الشرع .

وعلى هذا يكون الالتزام مرادفا للعقد بمعناه العام ، وهو ما كان صادراً عن إرادتين متطابقتين أو إرادة منفردة ، ويكون الالتزام أعم من العقد بمعناه الأخص وهو ما كان صادراً عن إرادتين متطابقتين ؛ لأن الالتزام يشمل ما كان صادراً عن إرادتين وما كان صادراً عن إرادة منفردة فكل عقد التزام وليس كل التزام عقد .

ولما كان موضوع هذا البحث هو الخيار فى العقد ، والخيار معناه أن يكون للعاقد الحق فى إمضاء العقد أو عدم إمضائه ، فإن أمضاه ترتبت آثاره عليه وإلا فلا ، وهذا أمر يتعلق بالعقد الصحيح ، كان لزاما علينا أن نتعرض للعقد من ناحية ترتب آثاره عليه ، فنقول : إن العقد من هذه الحيثية

ينقسم إلى صحيح وغير صحيح . وسنقتصر على بيان العقد الصحيح لأن غيره لا يترتب عليه أثر ما .

العقد الصحيح : هو ما كان سبباً صالحاً لترتب آثاره عليه بأن يكون صادراً من أهله فى محله صالحاً لحكمه وسالما من الخلل فى أركانه وأوصافه وهذا عند فريق من الفقهاء ، وعند فريق آخر ما سلم من العيوب وترتبت عليه آثاره .

أقسام العقد الصحيح : ينقسم العقد الصحيح إلى نافذ وموقوف .

أما العقد الصحيح النافذ ، فهو ما صدر عن شخص يتمتع بالأهلية وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية كالعقد الذى يعقده العاقل الرشيد لنفسه فى ماله أو يعقده الوصى أو الولى للقاصر أو يعقده من هو موكل من غيره توكيلا صحيحا .

وحكم هذا العقد : أنه تترتب آثاره عليه من غير توقف على إجازة أحد سواء كان ترتيب الآثار عليه فور صدوره كما فى العقد المنجز أو بعد فترة من الزمن كما فى العقد المضاف إلى زمن مستقبل ، فإنه نافذ تترتب آثاره عليه عند مجىء الوقت الذى أضيف إليه .

وأما العقد الموقوف ، فهو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره ، كالعقد الذى يصدر من الفضولى أو من الصبى المميز ومن فى حكمه إذا كان من العقود التى لابد فيها من رأى وليه أو وصيه .

وحكم هذا العقد : أنه لا تترتب عليه آثاره ، إلا إذا أجازه من يملك إصداره إجازة صحيحة ، فإن لم توجد هذه الإجازة بطل العقد وكأنه لم يكن .

وهذا التقسيم متفق عليه بين الحنفية[١] والمالكية ؛ لأنهم يصححون عقد الفضولى[٢] .

وأما الشافعية والحنابلة فى أرجح الروايتين عندهم فلا يكون العقد الصحيح عندهم إلا نافذاً ؛ لأنهم جعلوا من شروط انعقاد العقد أن يكون للعاقد ولاية إنشائه وإصداره ، فليس عندهم عقد صحيح موقوف[٣] .

وينقسم العقد الصحيح من حيث اللزوم وعدمه إلى عقد صحيح لازم وآخر غير لازم .

العقد اللازم :

هو العقد الصحيح النافذ الذى لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله والتحلل منه . وهو نوعان :

النوع الأول : العقد اللازم الذى لا يقبل الفسخ بحال من الأحوال ولو اتفق المتعاقدان على ذلك ، وذلك كعقد الزواج ، فإنه إذا انعقد كان لازما وترتبت عليه آثاره ؛ لأن طبيعة هذا العقد تقتضى اللزوم ، ومن ثم فلا يملك كل من الزوجين الاتفاق على فسخه ورفعه ؛ لأن معنى فسخ العقد رفعه من أساسه كأن لم يكن فلا يبقى من آثاره شىء كما فى إقالة البيع ، وأما ما يملكه الزوج من الطلاق ، فلا يعتبر فسخاً للعقد بل إنهاء له ، بدليل بقاء بعض آثار الزواج من وجوب النفقة ولزوم المهر .

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٤٨ ، الفروق للقرافى جـ ٣ ص ٢٢٦ .
(٢) الفضولى - بالضم - المشتغل بما لا يعنيه (القاموس المحيط مادة فضل) .
(٣) نهاية المحتاج للرملى جـ ٢ ص ٢٣ وما بعدها ، كشاف القناع جـ ٢ ص ١١ وما بعدها .

النوع الثانى :العقد اللازم الذى يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك ، كعقود المعاوضات من البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح . وهذا النوع يكون لازماً بمجرد تمام العقد عند من لا يقول بخيار المجلس من الفقهاء ، ولا يكون لازماً إلا بعد انتهاء المجلس أو التخيير من أحـــد المتعاقدين والاختيار من الآخر عند من يقول بخيار المجلس . كما سنوضحه فى موضعه من هذا البحث إن شاء الله تعالى .

العقد غير اللازم :

وهو ما يكون من حق المتعاقدين أو أحدهما أن يتحلل منه بالفسخ من غير توقف على رضا الآخر . وذلك مثل : عقد الوديعة والإعارة والهبة ، فالعقد فى مثل هـذه العقود غير لازم من الجانبين ، فإنه يجوز لكل من المودع والمودع له الحرية الكاملة فى فسخ هـذا العقد وإبطاله رضى الآخر أو لا . وكذلك الإعارة والهبة ونحوهما من العقود ، فإنها عقود نافذة غير لازمة .

وقد يكون عدم اللزوم من جانب واحد ، بمعنى أن العقد يكون لازماً فى حق أحد المتعاقدين دون الآخر كالرهن ، فإنه بعد تمامه يكون لازماً فى حق الراهن وهو المدين ، فليس له أن يفسخه إلا برضا المرتهن ، وليس بلازم فى حق المرتهن وهو الدائن فله أن يفسخه فى أى وقت شاء رضى الراهن أو لا ، وأيضاً عقد الكفالة ، فإنها لازمة بالنسبة للكفيل وليست لازمة للمكفول له .

علاقة الخيار بالعقد :

ولما كان الخيار معناه أن يكون للعاقد الحق فى أن يمضى العقد أو لا يمضيه ، فإن الخيار يقتصر دخوله على العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ

كعقود المعاوضات ، أما العقود غير اللازمة فلا يدخلها الخيار ؛ لأنها تستغنى عن الخيار بعدم لزومها ، وكذلك لا يدخل الخيار العقود اللازمة التى لا تحتمل الفسخ كعقد النكاح والخلع ؛ لأنها بطبيعتها لازمة للطرفين لا تحتمل الفسخ بحال . وإذا كان عقد الرهن غير لازم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخ العقد فلا يكون بحاجة إلى الخيار ، ومثل الرهن بالنسبة للمكفول له وهو الدائن فله حق فسخه ويستغنى بهذا الحق عن الخيار .

ثانياً : معنى الخيار :

الخيار فى اللغة : اسم من الاختيار ، وهو طلب خير الأمرين . يقال : أنت بالخيار ، أى اختر ما شئت . وخيرته بين الشيئين : فوضت إليه الاختيار[1] .

ويقصد الفقهاء من الخيار : إعطاء المتعاقد الحق فى طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه[2] . وجاء الخيار فى حديث : « البيعان بالخيار .. » بهذا المعنى - أى أن كلا المتبايعين له أن يتخير لنفسه ما شاء من إمضاء البيع أورده . يقول ابن الأثير فى معنى الخيار فى الحديث : الخيار اسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين إما إمضاء العقد أو فسخه[3] .

والخيار بهذا المعنى يترجح فى نظرنا أن العرب فى جاهليتهم ما كانوا يعتبرون الخيار فى معاملاتهم ، بل إن هذا المفهوم كان جديداً عليهم جاءهم به هذا التشريع الإلهى لتوطيد المبادلة المالية على أساس من الرضا التام ، فهو المناط الحقيقى لانتقال الأموال بين الناس كما أوضحه الكتاب الكريم

---

(١) راجع لسان العرب جـ ١٨ ص ٢٦٧ .
(٢) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ ٢ ص ٤٣ .
(٣) النهاية جـ ٢ ص ٨ .

فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[١] وكما جاءت به الأحاديث الصحيحة وهى كثيرة متضافرة فى هذا المعنى .

حكمة مشروعية الخيارات :

تظهر حكمة مشروعية الخيار فى الفقه الإسلامى ، فى أن الخيار يؤكد الرضا وبه يستوثق من حصوله كاملا فكانت مشروعيته لهذا المعنى ، وإن كان يعتبر من الشروط التى تناقض مقتضى العقد ؛ لأن مقتضى العقد اللزوم ، والخيار يجعل العقد غير لازم ، ومع هذا فإن الفقهاء اعتبروه من الشروط الصحيحة لورود الشرع بها إما عن طريق النص أو القياس ، فهى تعتبر بمثابة تحفظات لصاحب العقد إما بقوة الشارع من غير أن ينص عليها المتعاقدان كخيار الرؤية وخيار العيب وخيار المجلس ، وإما بضرورة اشتراط الخيار عند التعاقد كخيار الشرط وخيار التعيين .

ففى خيار المجلس نرى أن الشارع ترك المتبايعين فرصة هى مجلس العقد دون أن يلزمهم بالبيع بقلب كل منهما الصفقة فى نظره ، فإذا ما انفض المجلس وتفرقا ولم يوجد من أحدهما رد لمحل العقد فقد تقرر الرضا ولزم البيع بينهما .

وقد لا يستطيع العاقد فى خلال هذه المدة الوجيزة أن يتبين وجه المصلحة ، ويحتاج إلى زمن أوسع للنظر والتروى ، أو يكون ناقص الخبرة ويريد أن يستعين بغيره من ذوى البصائر دون أن تفلت الصفقة فأباح الشارع له اشتراط الخيار مدة معلومة تكميلا للغرض من شرعية خيار المجلس فيقول لمن بايعه : لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام .

---

(١) سورة النساء آية : ٢٩ .

وإذا ابتاع سلعة لم يرها ، فمن المعلوم أن علمه بها غير تام فأعطاه الشارع فرصة لرد المبيع عند الرؤية إن ظهر على خلاف ما كان يتوقع ؛ لأن الشارع قد لاحظ نقص علمه بالمبيع فأعطاه هذا الحق عند رؤيته .

وقد يظهر فى المبيع عيب يخل بالمقصود الأصلى ، أى بالغرض الذى دفعه للتعاقد ، وهذا من شأنه أن يؤثر فى رضا المبتاع ؛ لأنه ما رضى بالمبيع إلا سالماً من العيوب على الصفة التى شاهده بها حالة العقد ، وأن يكون مستوفياً لما أراده من الوصف الخاص ، فذلك ما تندفع به حاجته ، ولهذا أثبت الشارع له فى تلك الأحوال سلطة الفسخ ، كى يسترد حقه ، ويتمكن من دفع الضرر الذى أصابه بذلك النقص[1] .

وتمشياً مع هذا المبدأ فى الشريعة ، فقد أعطى الشارع لمن غبن من العاقدين بوسيلة مضللة وخدعة استعان بها العاقد لآخر على ذلك أن يفسخ العقد ويقطع الطريق على من أراد أن يبتز أمواله بطريق غير مشروع .

لهذه الأسباب كلها تظهر حكمة المشروعية لهذا الخيار الذى ثبت على خلاف مقتضى العقد ، إذ أن الشريعة مع احترامها للعقود وإلزام العاقدين الوفاء بها حتى يتحقق الغرض المقصود منها ، إلا أنه لاحظ أن الحاجة قد تقضى بمشروعية الخيار فى أحوال خاصة رعاية لمصلحة المتعاقدين وتحقيقاً للعدالة بينهما .

وقد ذكر الفقهاء كثيراً من أنواع الخيارات ، فأوصلها الشيخ زكريا الأنصارى إلى ستة عشر[2] نوعا ، وذكر العلامة ابن نجيم فى أشباهه ثمانية

---

(١) راجع محاضرات فى خيارات البيع للدكتور عبد الحميد الغفارى ص ٥ .

(٢) حاشية التحرير مع حاشية الشرقاوى جـ ٣ ص ٤٣ .

عشر[١] نوعاً ، وأبلغها ابن عابدين إلى تسعة عشر[٢] ، وأنهاها السيوطى إلى ثلاثين[٣] نوعاً .

وسنقتصر فى بحثنا هـذا على خمسة أنواع من هذه الخيارات ؛ لأنها فى نظرى أهم هذه الأنواع ، وما عداها يرجع إليها فى الغالب . وهذه الأنواع الخمسة هى :

١ — خيار الشرط .

٢ — خيار العيب .

٣ — خيار المجلس .

٤ — خيار الرؤية .

٥ — خيار التعيين .

وسنخصص لكل واحد من هذه الأنواع فصلا مستقلا ، وذلك على النحو التالى :

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨ .
(٢) رد المحتار ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨ .
(٣) الأشباه والنظائر ص ٣٨٧ - ٣٨٨ .

الفصل الأول

خيار الشرط وأحكامه

نتكلم فى هذا الفصل عن أهم الأحكام المتعلقة بخيار الشرط ، وذلك فى تمهيد وخمسة مباحث ، نتناولها على النحو التالى :

أما التمهيد : فهو فى معنى خيار الشرط .

وأما المبحث الأول : فنبين فيه مشروعية خيار الشرط ، وحكمة هذه المشروعية .

ونتناول فى المبحث الثانى : بيان مدة خيار الشرط .

والمبحث الثالث : نعقده لبيان أثر خيار الشرط فى العقد .

وأما المبحث الرابع : فقد خصصته لمعرفة من يثبت له هذا الخيار مع ذكر العقود التى يدخلها خيار الشرط .

والمبحث الخامس : نبين فيه الأمور التى ينتهى بها خيار الشرط .

وإليك البيان :

تمهيد

فى معنى خيار الشرط

الشرط فى اللغة : يطلق على معان كثيرة : منها إلزام الشىء والتزامه فى البيع ونحوه ، وقد جاء فى المثل : « الشرط أملك عليك أو لك »[1]. والشرط سبب ، والخيار مسبب ، فهو من إضافة المسبب إلى السبب على حقيقة الإضافة[2] .

ومن الفقهاء من يعبر عن ذلك بشرط الخيار ، كالنووى ، والرملى من الشافعية ، وصاحب المختصر من المالكية ، وصاحب المحيط البرهانى من الحنفية[3] .

ويقصد بخيار الشرط ، أو شرط الخيار أن يشترط العاقدان أو أحدهما مدة يتروى فيها بين إمضاء العقد أو فسخه فى أثناء هذه المدة .

فالذى يشترط لنفسه الخيار يكون له حق إمضاء البيع أو نقضه ، وعلى هذا يكون العقد الذى فيه خيار الشرط غير لازم من جانب من له الخيار ، إذ يجوز له الرجوع فيه ؛ لأن الخيار يمنع لزوم الصفقة . قال سيدنا عمر - رضى الله عنه : « البيع صفقة أو خيار » .

---

(١) انظر محاضرات فى خيار البيوع فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى للأستاذ الدكتور عبد الحميد الغفارى ص ٥٣ .

(٢) حاشية البيجرمى على شرح المنهج ج ٢ ص ٢٥٢ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١١٠ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩٢ وما بعدها ، الشرح الكبير على مختصر خليل ج ٣ ص ٥١ ، المحيط البرهانى كتاب البيوع ص ٧٦٦ .

ومعنا كما قال الكاسانى : « البيع قسمان : بيع شرط فيه الخيار ، وبيع لم يشترط فيه الخيار ، سماه صفقة لخلوه من الخيار ، ولأن الخيار هو التخيير بين الإجازة والفسخ ، وهذا يمنع للزوم كخيار العيب ، وخيار الرؤية »[1] .

ويتضح مما سبق : أن خيار الشرط فى اصطلاح الفقهاء : هو أن يكون لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، أو لأجنبي حق إمضاء العقد ، أو فسخه فى مدة معلومة عند اشتراطهما ذلك . وأن إضافة الخيار للشرط من إضافة الشيء إلى سببه ، أى أن الشرط هو سبب هذا الخيار ، ولذلك سمى بخيار الشرط أو شرط الخيار كما عبر بذلك الفقهاء .

---

(١) بدائع الصنائع وترتيب الشرائع للكاسانى ج ٥ ص ٢٦٤ .

المبحث الأول

فى مشروعية خيار الشرط وحكمة مشروعيته

وفيه مطلبان :

الأول : فى مشروعيته .

والثانى : فى حكمة هذه المشروعية .

المطلب الأول

فى مشروعية خيار الشرط

لما كان الأصل فى عقود المعاوضات هو اللزوم ، فقد اتفقت آراء الفقهاء على أن خيار الشرط يخالف القاعدة العامة لهذه العقود .

أما من حيث مشروعية هذا النوع من الخيار ، فقد اختلفت آراؤهم فى ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : أن خيار الشرط جائز ، فيجوز لكل واحد من المتبايعين ، أو أحدهما أن يجعل لنفسه فترة زمنية يتروى فيها لينظر ما هو الأصلح له من حيث إمضاء العقد أو فسخه ، كما أن له أن يفوض غيره من ذوى الخبرة والمعرفة فى هـــذا الحق متى تراضيا على ذلك ، وهذا مذهب الأئمة الأربعة ، ومعهم الشيعة الزيدية ، والإمامية والإباضية[1] .

المذهب الثانى : وإليه ذهب ابن حزم . وهو : أنه لا يجوز للمتعاقدين أو لأحدهما أن يشترط الخيار فى العقد مدة يتروى فيها أياً كانت هذه المدة ، فإذا شرط ذلك فى العقد كان باطلا إلا أن يقول : لا خلابة .

يقول ابن حزم : « إن من يقول حين يبيع أو يبتاع لا خلابة ، فله الخيار ثلاث ليال بما فيها من الأيام ، إن شاء رد المبيع بعيب ، أو بغير عيب ، أو بخديعة ، أو بغير خديعة ، وبغبن ، أو بغير غبن ، وإن شاء

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٢ ص ١٤ ، الخرشى على خليل ج ٤ ص ١٩ ، حاشية البجيرمى على المنهج ج ٢ ص ٢٥٢ ، نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ ص ٩٢ وما بعدها ، المحيط البرهانى كتاب البيع ص ٧٦٦ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠٢ .

أمسك . فإن قال لفظاً غير لا خلابة لا يثبت له الخيار المجهول لمن قالها ، ولو شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما ولو ساعة بطل العقد »[١] .

ومعنى هذا : أن ابن حزم يثبت الخيار لمن قال لفظ (لا خلابة) لا لمن لم يتلفظ به ، بل لا يثبت الخيار لمن تلفظ بمرادفات هذا اللفظ مثل : لا خديعة أو لا خيانة .

وذهب سفيان الثورى ، وابن شبرمة : إلى أن خيار الشرط جائز للمشترى دون البائع[٢] .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على جواز اشتراط هذا الخيار بالكتاب ، والسنة ، والمعقول .

أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : (وأحل الله البيع)[٣] . ووجه الدلالة أن البيع فى الآية عام يتناول كل بيع ، ويدخل فيه البيع الذى ثبت فيه خيار الشرط ، فيكون حلالا .

وأما السنة : فمنها :

١ — ما رواه الشيخان بسندهما عن ابن عمر — رضى الله عنهما — قال : ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه كان يخدع فى البيوع ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من بايعت فقل لا خلابة ، أى لا غش ولا خديعة[٤] .

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤٧٠ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٢ .

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٧٥ .

(٤) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٨٢ ، ونقل أن الرجل اسمه حبان بن منقذ .

والحديث وإن لم يصرح فيه بشرط الخيار إلا أن لفظ لا خلابة اشتهر في الشرع لاشتراط الخيار ثلاثة[1] فكان الرجل إذا باع يقول : لاخلابة[2].

وعند الدارقطني والبيهقي بإسناد حسن : «ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد»[3] .

والحديث ظاهر الدلالة على جواز مشروعية خيار الشرط في البيع ثلاثة أيام ، وهو صادق بالبيع والشراء .

اعتراض وجوابه :

وقد يقال : إن في إسناده محمد بن إسحاق ، ونقول : ما قاله الإمام النووي :

«والأكثرون وثقوه وإنما عابوا عليه التدليس ، والمدلس إذا قال : حدثني أو أخبرني أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع ، احتج به عند الجماهير ، وهو مذهب البخاري ومسلم وسائر المحدثين»[4] .

٢ — ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : «المؤمنون عند شروطهم»[5] . وفي رواية : «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا ، أو أحل حراماً» . ووجه الدلالة من الحديث : أنه ﷺ قد فوض الأمر للمسلمين في اشتراط ما شاءوا من الشروط ، وأوجب عليهم الوفاء بها ما دامت لا تبيح محظوراً ، أو تمنع مباحاً ، وشرط الخيار داخل في هذا

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٩٢ ، المجموع جـ ٩ ص ٢٠٧ .
(٢) يقال خلبه خلابا وخلابة خدعة (القاموس المحيط جـ ١ ص ٦٣) .
(٣) شرح الزرقاني جـ ٤ ص ٣١٣ .
(٤) المجموع جـ ٩ ص ٢٠٣ .
(٥) عون المعبود شرح سنن أبي داود جـ ٣ ص ٣٣٣ .

العموم ؛ لأنه قد تراضى عليه المتعاقدان ، وليس فيه تحريم الحلال ، ولا تحليل الحرام[1] .

اعتراض وجوابه :

وقد يقال : إن لفظ « لا خلابة » فى الحديث ليس معناه اشتراط الخيار بل معناه لا غبن ولا خديعة ، وحينئذ تكون هذه العبارة اشتراطاً لعدم الغبن والخديعة من قائلها ، فلا يثبت له هذا الخيار إلا إذا غبن فى بيعه .

والجواب عن هذا : أنه قد ثبت أنه ﷺ قد أراد بهذا اللفظ اشتراط الخيار ثلاثة أيام . بدليل أنه قال : ولك الخيار ثلاثا ، ولو كان الرسول عليه الصلاة والسلام يريد من قوله : لا خلابة معناه اللغوى لما قال ذلك ، بل كان يقول مثلا — ولك الخيار إذا غبنت .

ومن هنا فقد أصبحت هـــذه العبارة حقيقة شرعية فى اشتراط الخيار ثلاثا .

الاعتراض الثانى :

وقد يقال : إن شرط الخيار ليس مشروعاً لكل إنسان ، بل هو خاص بمن كان ضعيف العقل ، بدليل أن هذا الحديث قد ورد فى حبان ، وكان قد أصابته آفة فى رأسه فكان يخدع فى البيوع كما صرح به الشافعى[2] ، فيكون خاصاً بحبان ومن على شاكلته .

والجواب : أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما قرر ذلك

---

(١) راجع محاضرات الخيارات فى البيع فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ص ٥٤ .

(٢) التلخيص الحبير ج ٣ ص ٢١ .

العلماء ، والدليل عـلى ذلك : أنه لم يفهم الصحابة من لفظ الحديث أنه مخصوص بحبان ومن كان على شاكلته ، بل كانوا يتبايعون بشرط الخيار ، فقد اشترى عمر بن الخطاب فرساً واشترط حبسه إن رغبه ، فعطب الفرس فجعلا بينهما شريحاً . فقال شريح لعمر : سلم ما ابتعت أو رد كما أخذت ، فقال عمر : قضيت بقول الحق . وهذا ابن عمر كان يقول : كنت أبتاع إن رضيت ، وحدث أن نافع بن الحارث قد اشترى داراً من صفوان بن أمية إن رضيها عمر[1] .

وقد ثبت بهذه الآثار أن الصحابة فهموا من الحديث عموم مشروعية هذا الخيار ، وهو مجمع عليه .

ونقل الإمام النووى هذا الإجماع ، ولعل هذا كان قبل وجود المخالف ومن ثم فلا عبرة لمن خالف ؛ لأنه خالف ما انعقد عليه الإجماع[2] .

وأما استدلالهم بالمعقول : فإن حاجة الناس ماسة إلى البيع بشرط الخيار ، فقد يكون كلا من المتعاقدين فى حاجة إلى فترة يتروى فيها ليعرف ما إذا كانت هذه الصفقة فى مصلحته أولا ، ثم إن شرط الخيار قد تراضى عليه المتعاقدان ، ولم يرد نص بتحريمه فكان مشروعاً .

دليل ابن حزم :

واستدل ابن حزم عـلى ثبوت الخيار لمن قال : (لا خلابة) بقوله صلى الله عليه وسلم لمنقذ بن حبان : « بع وقل : « لا خلابة ثم أنت بالخيار ثلاثاً من بيعك »[3] .

(١) راجع السنن الكبرى للبيهقى جـ ٥ ص ٢٧٤ .
(٢) المجموع جـ ٩ ص ٢٠٤ .
(٣) المحلى جـ ٨ ص ٤٠٩ .

ووجه الدلالة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار للعاقد مرتباً على قول العاقد حين العقد : لا خلابة . فإذا لم يقل العاقد ، لا خلابة فلا يثبت له الخيار ؛ وذلك لأن الرسول صلى الله عليه وسلم إذا أمر فى الديانة بأمر ونص فيه بلفظ (ما) لم يجز تعدى هذا اللفظ إلى غيره ما دام المكلف قادراً عليه إلا بنص آخر ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فى هذه الحال يكون قد حد حداً فلا يحل تعديه .

واحتج ابن حزم على نفى مشروعية اشتراط الخيار فى البيع بأن شرط الخيار لم يرد فى كتاب الله ، ولا فى سنة رسوله صلى الله عليه وسلم فيكون العقد الذى شرط فيه الخيار باطلا .

واستدل ابن حزم على بطلان ذلك العقد بقوله صلى الله عليه وسلم : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق »[1] .

وهذا استدلال غير صحيح ، ذلك أن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم : « ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » هو الشرط الذى يخالف ما فى الكتاب ، أو السنة ، ويكون متنافياً مع ما ورد فيهما من نصوص ، وليس المراد منه الشرط الذى لم يرد جوازه نصاً فى الكتاب ، أو السنة فهو باطل .

والدليل على ذلك : ما ورد فى الحديث نفسه من قوله صلى الله عليه وسلم : « قضاء الله أحق وشرط الله أوثق » . وما ذاك إلا لأن الشرط

---

(١) المرجع السابق جـ ٨ ص ٢٣٨ .

الذى حكاه الرسول صلى الله عليه وسلم قد خالف ما قضى به الشارع ، أو شرطه .

وابن حزم يعترف بصحة هذا الحديث ، ويرى ثبوت الخيار ثلاثة أيام لمن قال : « لا خلابة » إلا أنه يقف عند هذا اللفظ ولا يتعداه ، فلا يرى جواز اشتراط الخيار بعبارة أخرى ، بناء على مبدئه من الوقوف عند ظواهر النصوص والتقيد بحرفيتها[1] .

أدلة المانعين لخيار الشرط ومناقشتها :

واستدل من قال : بأن خيار الشرط غير مشروع ، بالسنة والمعقول .

أما السنة فمنها :

ما رواه مسلم بسنده عن أبى هريرة — رضى الله عنه : أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر »[2] .

ووجه الدلالة من الحديث : أن الرسول الكريم نهى عن بيع الغرر ، والنهى حقيقة فى التحريم حيث لا صارف ، وهو يدل على فساد المنهى عنه ، والبيع بشرط الخيار يشتمل على الغرر ؛ لأن مصير العقد مجهول لا يدرى أيؤول إلى اللزوم أم إلى الفسخ ، وإذا كان الأمر كذلك كان البيع بشرط الخيار منهما فاسداً[3] .

ويناقش هذا الاستدلال : بأن شرط الخيار لا يشتمل على غرر مادامت

---

(١) راجع الخيارات فى البيع فى الفقه الإسلامى ص ٥٥ .

(٢) رواه الجماعة إلا البخارى (نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ ، سبل السلام جـ ٣ ص ١٥ ، شرح مسلم جـ ٢ ص ٢) .

(٣) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى جـ ٤ ص ٤٢٤ .

مدة الخيار معلومة ، ولو سلم لحديث النهى عن بيع الغرر — وإن كان عاماً — إلا أنه مقيد بحديث ثبوت الخيار .

وأما دليلهم العقلى على نفى مشروعية خيار الشرط : فهو أن الأصل فى البيع ونحوه من عقود المعاوضات هو اللزوم ، وشرط الخيار ينافى هذا الأصل فيكون غير مشروع[١] .

ويناقش هذا الدليل : بأنه لا خلاف فى أن شرط الخيار على خلاف الأصل ، لكن قام الدليل على مشروعيته فيجب العمل بمقتضى الدليل ولحاجة الناس إلى شرط الخيار .

وإن قال المانعون لشرط الخيار : إن الأصل هو اللزوم فى البيع ؛ وخيار الشرط يخالف القياس إذ القياس فى المعاوضات ، أنها لا تحتمل التعليق على الشرط وخيار الشرط شأنه أن يعلق العقد .

فالجواب : أن هذا مردود بأن أصل العقد لا يتعلق بالشرط ؛ لأن الخيار صفة فى العقد ، يقال : بيع بات ، وبيع بخيار ، وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف ، وإنما يدخل الخيار فى الحكم فيجعله فى معنى المعلق بالشرط ؛ لأن بالشرط لا يخلو السبب عن الحكم إلا أن يتصل الحكم به فقد يجوز أن يتأخر عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الأجل[٢] .

الترجيح :

وبعد أن استعرضنا أدلة المذاهب فى خيار الشرط يتضح لنا رجحان مذهب الجمهور ، وهم القائلون بجواز خيار الشرط فقد ثبت أنه لا وجه لإبطال الخيار بدعوى أن الخيار ليس بصحيح ؛ لأن الخيار ثبت على أنه

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٨ .

(٢) المبسوط للسرخسى جـ ١٣ ص ٤٠ .

ثلاثا ؛ لقوله ﷺ : « ولك الخيار ثلاثا » رواه الحميدى فى مسنده والبخارى فى تاريخه ، والحاكم فى مستدركه ، وفى مصنف عبد الرازق عن أنس : أن رجلا اشترى من رجل بعيراً واشترط الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال : « الخيار ثلاثة أيام »[1] .

وأما دعواهم أن الحديث خاص بهذا الرجل فمردودة بأنه لا دليل على هذه الخصوصية والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب إلا إذا دل دليل على هذه الخصوصية . وبهذا سلم اللاجيزين ما استدلوا به من الحديث ، فكأن ما ذهبوا إليه هو الراجح نظراً لقوة الدليل ، وحاجة الناس إلى هذا النوع من الخيار .

---

(١) راجع التلخيص الحبير جـ ٣ ص ٢١ .

المطلب الثانى

حكمة مشروعية خيار الشرط

خيار الشرط شرع لحماية المتعاقدين ، أو أحدهما من التزامه بعقد قد يكون أقدم عليه قبل أن تتأكد رغبته فيه لعدم خبرته فى البيع والشراء ، إذ ليس كل واحد يحسن ذلك ، وقد يكون العقد غير مشتمل على غبن وخديعة ومع هذا يكون الرضا غير تام والرغبة فيه لم تتوافر وتظهر رغبته فى الرجوع عن هذا العقد .

ومن أجل ذلك منح الشارع العاقد بموجب شرط الخيار وفى خلال المدة المشروطة فرصة للتروى للحاجة إلى ذلك . فقد يكون غير خبير بالصفقة فيحتاج إلى استشارة من له خبرة بها ، ويخشى ضياع الفرصة فكان له الحق فى التعاقد مع حق فسخ العقد أو إمضائه إن لزم الأمر ذلك .

المبحث الثانى

فى بيان مدة خيار الشرط

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية خيار الشرط على أنه يصح شرطه إذا كانت المدة معلومة ولا تزيد على ثلاثة أيام ، وكان المبيع مما لا يتسارع إليه الفساد فى هـذه المدة .

واختلفوا فيما وراء ذلك على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول : وبه قال جماعة من الفقهاء . منهم : أبو حنيفة ، وزفر ، والشافعية ، والظاهرية[1] ، وزيد بن على ، وهو أنه لا يجوز للمتعاقدين ، أو لأحدهما أن يشترطا مدة تزيد على ثلاثة أيام فى أى مبيع كان ، فإن شرطا مدة أزيد منها كان الشرط فاسداً . وعلى هذا فإن كانت المدة المشروطة فى العقد ثلاثة أيام فما دونها صح ذلك وإلا فلا .

المذهب الثانى : أنه يجوز للمتعاقدين ، أو لأحدهما اشتراط الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد من الحنفية والحنابلة ، والإمامية ، وهو القول الصحيح عند الأباضية ، وقول القاسمية والأوزاعى وابن أبى ليلى[2] .

وجنح الحسن بن يحيى وعبيد الله بن الحسن كما حكاه ابن حزم فقال الأول : لو شرطاه أبداً فهو جائز . وقال الثانى : الخيار المشترى ما رضى البائع[3] .

---

(١) الهداية جـ ٣ ص ٢٧ ، المهذب جـ ١ ص ٢٥٦ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٠٩ . البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ٢٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٠٢ ، شرح النيل جـ ٤ ص ٥٤٦ .

(٣) المحلى جـ ٨ ص ٣٧٣ .

المذهب الثالث : وبه قال [١] المالكية ، وهو أن مدة الخيار تختلف باختلاف المعقود عليه من حيث الحاجة الداعية إلى شرط الخيار فيه من اختبار أو استشارة ، وذلك مثل اليوم واليومين والثلاث فى اختبار الثوب ، وستة وثلاثون يوماً فى العقار ، وفى العروض والدواب خمسة ، وهكذا تتقدر المدة بالنظر إلى حال المبيع . .

فإن كان المبيع من الخضروات والفواكه ونحوها ، فإن الخيار فيه لا تدعو الحاجة إليه إلا إذا كان مما لا يتغير فيه المبيع عادة ، وإن كان المبيع دابة فقد اختلف المالكية [٢] ، والراجح عندهم أن مدة الخيار فى بيع الدواب ثلاثة أيام ، فيجوز ابتياع الدابة بشرط الخيار ثلاثة أيام سواء اشترط الخيار لاختبار حال الدابة بركوب أو بغيره . وسواء كان الركوب داخل البلد أو خارجها ، إلا أنه إذا شرط اختبار الدابة بالركوب فى البلد ، فلا يركبها إلا يوماً واحداً . وإن شرط اختبارها بالركوب خارج البلد فليس له الركوب إلا بريداً [٣] .

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالمنقول والمعقول .

أما المنقول : فقد استدلوا من السنة بما يلى :

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٩١ - ٩٣ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) البريد : أربعة فراسخ ، والفرسخ ثلاثة أميال ، والمشهور أن الميل ألف ذراع ، والصحيح أنه ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع ، ويقدر البريد بسير نصف يوم بسير الإبل المثقلة بالأحمال على المعتاد ويعتبر اليوم من طلوع الشمس لأنه المعتاد للسير غالباً (راجع حاشية الدسوقى جـ ١ ص ٣٣٢) .

١ — ما روى عن عمر رضى الله عنه قال : « ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان ، جعل له ثلاثة أيام إن رضى أخذ وإن سخط ترك »[١] .

ويرد على هذا : بأن الثلاث من ألفاظ العدد ، والمعتمد أنه لا حجية لمفهوم العدد كما فى قوله تعالى لرسوله عليه الصلاة والسلام : « استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم » .

والجواب عن هذا : بأن الاقتصار على الثلاث مستفاد هنا من القرينة وهى أن الرسول ﷺ قدر الثلاث للمغبون ، فلو جاز الأكثر لكان أولى بالذكر لأن اشتراطه أحوط فى حق المغبون »[٢] .

وقد يقال : إن الثلاثة أيام كانت كافية فى هذا الوقت ، وهذا لا يمنع من الزيادة عليها حينما تمس الحاجة لذلك . وهو متجه فليتأمل .

٢ — ما روى عبد الرازق فى مصنفه من حديث أبان بن أبى عياش أن رجلا اشترى من رجل بعيراً واشترط عليه الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال : « الخيار ثلاثة أيام »[٣] .

ويرد على هذا الدليل : بأنه مروى عن أبان بن أبى عياش ، وقد أعله عبد الحق فى أحكامه بأبان بن أبى عياش وقال : إنه لا يحتج بحديثه مع أنه كان رجلا صالحاً[٤] .

وأما المعقول : فلأن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ، وإنما جوزناه على خلاف القياس بما رويناه من النص الذى ورد فيه بثلاثة أيام فيقتصر فيه على مورد النص فتنتفى الزيادة[٥] .

(١) نصب الراية جـ ٤ ص ٨ .
(٢) حاشية الشبراملسى جـ ١ ص ١٦ ، ١٧ .
(٣) تلخيص الحبير ، جـ ٣ ص ٢١ ، نصب الراية جـ ٤ ص ٨ .
(٤) نصب الراية ، جـ ٤ ص ٨ .
(٥) المرجع السابق .

وهذا غير مسلم : لأن مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه ، وإن سلمنا أنه ينافى مقتضى العقد إلا أنه متى خولف الأصل لمعنى فى محل ، وجب تعدية الحكم لتعدى ذلك المعنى .

أدلة المذهب الثانى :

إستدل أصحاب هذا المذهب بالمنقول والمعقول على جواز الزيادة على ثلاثة أيام ما دامت مدة الخيار معلومة .

أما المنقول فمنه :

أولا : ما روى من قوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم »[1] .

ووجه الدلالة من الحديث : أنه أفاد الوفاء بالشروط ، فيدخل فى ذلك شرط الخيار سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة .

ويناقش هذا الاستدلال : بأنه بعد التسليم بحجيته فهو عام قد خص بحديث الثلاث .

ثانيا : ما روى عن عمر رضى الله عنه : أنه أجاز الخيار لرجل فى ناقة شهرين ، فلو كانت الزيادة على الثلاث ممنوعة ما فعلها عمر[2] .

ويناقش هذا : بأن هذا لو ثبت فغايته أن عمر رضى الله عنه أجاز الخيار إلى شهرين ، ويحتمل أن يكون الخيار الذى أجازه عمر كان خيار عيب جمعاً بين ما فعله عمر وبين ما دل عليه الحديث الشريف الذى قدر مدة الخيار بالثلاث ، ولو سلم أن الخيار الذى أجازه عمر كان خيار شرط فلعل الحديث

---

(١) أخرجه أبو داود (عون المعبود شرح سنن أبى داود) جـ ٣ ص ٣٣٢ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٥٩ .

(٢) نصب الراية ، جـ ٤ ص ٨ ، المبسوط جـ ١٣ ص ٤١ .

لم يبلغ عمر وعلى فرض بلوغه فإن ما نقل عن عمر قول صحابي قد عارضه حديث صحيح[١] .

وأما المعقول : فلأن شرط الخيار يثبت بتراضي المتعاقدين فيرجع إليهما في تقديره قياساً على تأجيل الثمن .

ويناقش هذا : بأن الشارع قد حدد للخيار مدة ، فلا يجوز تعديها ولا يصح القياس على تأجيل الثمن لوجود الفرق ، فإن البيع مع تأجيل الثمن لازم بخلاف البيع بشرط الخيار .

ومن المعقول : أن ما زاد عن الثلاث في معنى الثلاث ، لأن حاجة العاقد إلى التروى لدفع الغبن قد تقتضى الزدياة على ثلاثة أيام كما صح فيها[٢] .

وهذا مشاهد ملموس في كثير من المبيعات ، فوجب ألا تقتصر عليها حتى تتحقق الفائدة المقصودة من شرعية هذا الخيار[٣] .

ويناقش هذا : بأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من الثلاث غالباً ؛ لأن تلك المدة كافية للتأمل والتدبر في أمر العقد[٤] .

أدلة المذهب الثالث :

استدل المالكية بأن الخيار قد ثبت معللا بعلة هى الحاجة إلى اختبار المبيع وهذه العلة تتفاوت بتفاوت المبيعات[٥] .

ويناقش هذا : بأن ما ذكر لا يصلح علة ؛ لأن من شرط العلة أن

---

(١) الزيلعى جـ ٤ ص ١٤ .

(٢) المبسوط جـ ١٣ ص ١٤ ، البدائع جـ ٧ ص ٣٠٨٤ ، المجموع جـ ٩ ص ٢٠٤ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٨٦ .

(٣) راجع محاضرات فى خيارات البيع فى الفقه الإسلامى ص ٥٨ .

(٤) راجع نظرية الفسخ فى الفقه الإسلامى للدكتور على أحمد مرعى ص ٣٩٧

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

تكون وصفاً ظاهراً منضبطاً ، ولو سلم صحة ما ذكروه للعلية ، فإن الحاجة إلى اختبار المبيع تندفع بمدة الثلاث .

واستدلوا أيضاً : بأن التقدير بالثلاث خرج مخرج الغالب ؛ لأن النظر يحصل فيها غالباً وهذا لا يمنع من الزيادة عند الحاجة كما قدرت حجارة الاستنجاء بالثلاث ثم تجب الزيادة عند الحاجة ، فوجب تقدير مدة خيار الشرط بما تندفع به الحاجة في كل معقود عليه بحسب ما يحتاج إليه عرفاً .

ولكن تحديد مدة الخيار على أساس السلع المعقود عليها وما تحتاج إليه عرفاً من غير نظر إلى اختلاف أنظار الناس لا يجعل الخيار موفياً بالغرض المقصود منه ، فرب مبيع لا يحتاج إلى أكثر من يوم - مثلا - بالنسبة لشخص ، بينما يحتاج إلى أيام بالنسبة لآخر[1] .

الترجيح :

والراجح ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن وافقه ؛ لأن شرط الخيار ثبت على خلاف الأصل لأنه لايخلو من غرر ، لكنه شرع بالنص ، فيقتصر فيه على ما ورد به النص . قال العلامة السرخسي في توجيه هذا : لأن سبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر ، وبزيادة المدة يزداد الغرر ، وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلا ، وهو قياس يسنده الأثر ، لأنه ﷺ نهى عن بيع الغرر إلا أنا تركنا القياس في مدة الثلاثة لورود الأثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر[2] .

---

(١) راجع محاضرات في خيارات البيع في الفقه الإسلامي ص ٥٩ .
(٢) المبسوط ج ١٢ ص ٤١ .

وعلى هـذا لا يصح أن تزيد مدة الخيار عن الثلاثة أيام بما فيها من الليالى ، فإن زادت على ذلك ولو لحظة كان شرطاً فاسداً . أما إذا شرطه ثلاثة أيام أو أقل فإن الشرط صحيح .

ولكن متى تبدأ مدة خيار الشرط ؟

تبدأ مدة الخيار من وقت انعقاد العقد عند الذين لا يقولون بخيار المجلس ، وهم : الحنفية والمالكية ، أما من ذهب إلى مشروعية خيار المجلس كالشافعية والحنابلة ، فإنهم اختلفوا فى الوقت الذى تبدأ فيه مدة خيار الشرط ، وذلك على وجهين :

الوجه الأول : وهو الأصح : أن مدة الخيار تبدأ من حين العقد[1] .

والوجه الثانى : أن مدة الخيار تبدأ من حين انقطاع خيار المجلس .

ودليل الأول : أن الشرط هو سبب ثبوت الخيار ، فوجب أن يتعقبه حكمه ؛ لأن الأصل وقوع المسبب عقيب سببه .

ودليل الثانى : أن الخيار ثابت فى المجلس بحكم الشرع فلا حاجة إلى إثباته بالشرط .

ورد أصحاب الوجه الأول على هـذا : بأن الخيار الثابت بالمجلس غير الخيار الثابت بالشرط ولا تنافى بين الخيارين فيثبت كل منهما لوجود سببه .

والراجح من الوجهين الأول لأمرين :

الأمر الأول : أن مدة الخيار مدة ملحقة بالعقد ، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل .

الأمر الثانى : أنه لو ثبت خيار الشرط من حين انتهاء خيار المجلس

---

(١) المجموع ج ٩ ص ٢١٣ ، المغنى ج ٣ ص ٥٨٨ .

لأدى هـذا إلى جهالة المدة التى يثبت فيها خيار الشرط ؛ لأن الوقت الذى ينتهى فيه خيار المجلس غير معلوم .

ويتفرع على هذا : أنه إذا شرط الخيار مدة لا تزيد عن ثلاثة أيام صح الشرط وثبت الخيار وبدأت مدته من وقت انعقاد العقد [١] .

وإذا قيد شارط الخيار مدته بانتهاء التفرق من مجلس العقد فسد الشرط للجهالة على الصحيح عند الشافعية والحنابلة .

وفى وجه شاذ للشافعيـة ورواية ضعيفة للحنابلة أن الشرط صحيح ويعمل به .

وإذا لم تزد مدة خيار الشرط عن ثلاثة أيام وكان مغياً بغاية معلومة ، كأن يكون التعاقد بينهما نهاراً وشرطا الخيار إلى الليل ، فهل يدخل الليل فى المدة أم لا ؟

وقع فى هذه المسألة خلاف بين الفقهاء على رأيين :

الرأى الأول : أن الغاية لا تدخل فى المغيا ، فما بعد الغاية لا يدخل فيما قبلها ، ولا يثبت خيار الشرط فيه ، وإلى هــذا ذهب الأكثرون من الفقهاء ، منهم : الشافعية والحنابلة والإمامية وأبى يوسف ومحمد من الحنفية [٢] وابن حزم .

والرأى الثانى : أن ما بعد الغاية يدخل فيما قبلها ، فلو شرط الخيار إلى الليل دخل الليل فى مدة خيار الشرط ، وهذا قول أبى حنيفة [٣] .

---

(١) المجموع ج ٩ ص ٢١٤ ، المغنى ج ٣ ص ٥٨٨ .

(٢) روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٤٣ ، المغنى ج ٤ ص ١٠٤ ، المحلى ج ٨ ص ٤٠٩ ، الخلاف فى الفقه المجلد الأول ص ٥١٩ ، البدائع ج ٥ ص ٢٦٧ .

(٣) المبسوط ج ١٣ ص ٥٢ .

استدل أصحاب الرأى الأول ، بأنه لو دخل ما بعد الغـاية فيما قبلها ما كانت الغاية غاية وهذا باطل ، وبيان هذا أن الغاية حد ، والحد لا يدخل فى المحدود ، كما لو قال رجل لآخر : بعتك من هـذه الأرض إلى هذا الحائط ، فلا يدخل الحائط فى البيع ، وما فى قوله تعالى : « وأتموا الصيام إلى الليل »[1] . فإن الليل غير داخل فى الصيام .

واستدل أبو حنيفة : بأنه لو خرج حكم ما بعد الغاية عن حكم ما قبلها لخرجت المرافق عن غسل الأيدى فى الوضوء فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق »[2] .

ويناقش هـذا : بأن لفظ « إلى » موضوعه لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها . وهذا هو المعنى الحقيقى ، لكن قد تستعمل فى غير هذا عند وجود قرينة على طريق المجاز ، ومن ذلك الآية الكريمة ، فإن « إلى » فى الآية بمعنى « مع » فيكون معناها على هذا ، فاغسلوا وجوهكم وأيديكم مع المرافق فدخل ما بعدها فيما قبلها .

الترجيح :

والراجح الأول : وهو أن الغاية لا تدخل فيما قبلها ؛ لأن الأصل لزوم العقد فلا يثبت الخيار إلا فى المدة المتيقن ثبوته فيها ، أما عند الشك فى ذلك فيرجع إلى الأصل ، وعلى هذا إذا تعاقد نهاراً بشرط الخيار إلى الليل لم يدخل الليل فى مدة الخيار وإن تعاقدا اليوم وشرطـا الخيار إلى الغد لا يدخل الغد فى وقت الخيار .

وقد بين المفسرون متى يدخل ما بعد الغاية هى « إلى » فى المغيا ، فقال القرطبى : « إلى غاية فإن كان ما بعـدها من جنس ما قبلها فهو داخل

---

(١) سورة البقرة آية : ١٨٧ .

(٢) سورة المـائدة آية : ٦ .

فى حكمه كقوله : اشتريت الفدان إلى حاشيته ، أو اشتريت من هذه الشجرة إلى هذه الشجرة والمبيع شجر ، فإن الشجرة داخلة فى المبيع ، بخلاف قوله : اشتريت الفدان إلى الدار ، فإن الدار لا تدخل فى المحدود ، إذ ليس من جنسه فشرط تعالى تمام الصوم حتى يتبين الليل كما جوز الأكل حتى يتبين النهار[1] .

وبناء على هذا ، فإن « إلى » إن كان ما بعدها من نوع ما قبلها دخل وإلا فلا ، كقوله تعالى : « ثم أتموا الصيام إلى الليل » فإن الليل لا يدخل فى الصيام ، وعلى هذا فقول المخالف الخيار ثابت فلا نزيله بالشك الذى يحتمله مع « إلى » فمردود بأنه ليس ها هنا شك .

فإن الأصل حمل اللفظ على موضوعه ، فكأن الواضع قال : متى سمعتم هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية .

(١) الجامع لأحكام القرآن جـ ١ ص ٦٩٦ .

المبحث الثالث

أثر خيار الشرط في العقد

نبحث أثر خيار الشرط في العقـــد من حيث الصحة أو البطلان ومن حيث انتقال الملك به أو عدم انتقاله ، وأخيراً من حيث ثبوت الحق في فسخ العقد لمن شرط له الخيار . وذلك في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

أثر خيار الشرط فى صحة العقد أو بطلانه

ذهب الجمهور إلى أن شرط الخيار لا يؤثر فى صحة العقد ، فهو معه صحيح منعقد بشرط أن تكون المدة معلومة ولا تزيد على أكثر من ثلاثة أيام وهذا ما رجحناه فى المبحث السابق ، فإن كانت مدة هذا الخيار مطلقة من غير تحديد بمعنى : أنه لم يرد لها ذكر فى العقد أو كان الخيار مشروطاً على التأبيد ، فالعقد باطل ، وبهذا قال أبو حنيفة ومن وافقه لأن الجهل بالمدة يشتمل على عظيم الغرر ، وقد نهى ﷺ عن بيع الغرر وكذلك ، فإن المدة إذا كانت طويلة أو شرط الخيار على التأبيد اقتضى ذلك المنع من التصرف فى المبيع فى بعض الحالات ، وهذا ينافى المقصود من البيع .

ولا شك أن اشتراط الخيار على هذا الوضع يوجب غرراً وجهالة تفضى إلى المنازعة والمشاحنة بين المتعاقدين ، فيكون منهياً عنه بحديث النهى عن الغرر(١) .

وعلى هذا فلا ينبغى أن تزيد مدة خيار الشرط عن ثلاثة أيام ـ كما سبق توضيحه من قبل فى المبحث السابق ـ فإن زادت كان شرط الخيار فاسداً .

ولكن هل يفسد العقد بذلك أو لا ، فيه خلاف بين الفقهاء على مذهبين :

المذهب الأول : أن العقد يفسد بزيادة مدة خيار الشرط عن ثلاثة أيام وبهذا قال الشافعى وهو طريقة العراقيين .

المذهب الثانى : أن العقد موقوف ، فإن أجيز قبل مضى الثلاث كان

---

(١) راجع محاضرات فى خيارات البيع فى الفقه الإسلامى ص ٥٧ .

صحيحاً وإن مضى جزء من اليوم الرابع من غير إسقاط للمفسد فسد العقد ، ولا ينقلب صحيحا بعد ذلك[1] .

ووجه من قال بالفساد ، أن الشرط يقابله قسط من الثمن ، فإذا فسد الشرط وجب رد ما يقابله من الثمن ، وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولا فيفسد العقد .

ووجه من قال : إن العقد موقوف ، أن العقد متى استجمع الأركان والشروط المعتبرة لصحته روعى تصحيحه ما أمكن والتصحيح هنا ممكن بإزالة المفسد وهو الزيادة على الثلاثة ، فالقول بوقف العقد أولى من القول بفساده لما فى الأول من تصحيح للعقد من إمكانه .

ويناقش هذا : بأن من شرط صحة العقد أن لايشرط فيه خيار أكثر من ثلاثة أيام لما فى ذلك من الجهالة والغرر .

والراجح فساد العقد لاقتران المفسد به ، فإذا شرط فى العقد خيارا زائدا عن ثلاثة أيام كان شرطا فاسدا ، ويفسد العقد بفساد الشرط .

ولكن إذا أسقطت الزيادة قبل المدة المشروعة ، فهل ينقلب العقد صحيحاً أو لا ؟

اختلاف الفقهاء فى هذه المسألة :

١ — فذهب الشافعية وزفر : إلى أنه إذا زادت مدة الخيار على ثلاثة أيام فسد العقد ولا ينقلب صحيحاً بعد هذا ، إلا أن الشافعية يستثنون من من ذلك ما إذا أسقطت الزيادة فى مجلس العقد على أحد وجهين ؛ لأن حكم المجلس حكم حالة العقد ، والصحيح عندهم أن العقد وقع باطلا ، فلا ينقلب له

(١) المجموع : جـ ٩ ص ٢٠٤ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٦ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٩ .

خيار المجلس لأنه إنما يثبت للعقد الصحيح ، وإذا كان ذلك كذلك فلا معنى لإلحاق حكم المجلس بحكم حالة العقد ؛ لأن حكم المجلس لم يثبت أصلا[١].

٢ — وذهب أبو حنيفة[٢] : إلى أنه إذا أسقط المفسد قبل مضى الثلاث انقلب العقد صحيحاً .

ودليل المذهب الأول : أن الشرط إذا كان فاسداً ، فإن اقترن بالعقد أفسده ومتى وقع العقد فاسدا ، فلا ينقلب صحيحا ؛ لأن البقاء على وفق الثبوت ، كمن تزوج خامسة وتحته أربع ثم طلق الرابعة ، فلا يحكم بصحة نكاح الخامسة .

واستدل أبو حنيفة على ما ذهب إليه بأن الفساد ليس راجعاً إلى شرط الخيار وإنما الفساد راجع إلى اتصال الخيار بما زاد على الثلاثة بها ، وذلك محتمل الفصل قبل مجيئه فإذا أسقطت الزيادة فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل وقوعه فيصح العقد .

ويرد على هذا : بأن المفسد وهو الزيادة متصل بالعقد لاتصاله بشرط الخيار فيكون العقد فاسدا لاتصال المفسد به .

والراجح : ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم ؛ لأن البائع إنما رضى بخروج المبيع عن ملكه مقابل الثمن المسمى مع الخيار فى استرجاع المبيع زمن الخيار والمشترى إنما رضى ببذل الثمن بشرط ثبوت الخيار له فى المدة فلو صححنا العقد لأزلنا ملك كل واحد من العاقدين عن عوضه بغير رضاه ، وفى هذا إخلال بالرضا ، وعلى هذا فإنه إذا شرط العاقدان أو أحدهما الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام كان شرطاً فاسدا ، وفسد به العقد ولا ينقلب صحيحاً بعد ذلك سواء أسقطت المدة الزائدة أم لا .

---

(١) انظر المجموع جـ ٩ ص ٢٠٨ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣١٠ .

المطلب الثانى

فى انتقال الملك فى العقد الذى يدخله خيار الشرط

أما ثبوت أثر خيار الشرط فى حكم العقد، وهو انتقال الملك فى محل العقد لكل من المتعاقدين . فختلف فيه بين الفقهاء على النحو الآتى :

المذهب الأول : لفقهاء الحنفية : وهو أن الملك فى مدة خيار الشرط لا ينتقل بالنسبة لمن له الحق فى الخيار بائعاً كان أو مشتريا ، فمن اشترط الخيار يكون ملكه باق لا يخرج عنه إلى الطرف الآخر ، وأما بالنسبة لمن لا خيار له من المتعاقدين فهذا يرتفع ملكه عن ماله ، ولكن هل يدخل فى ملك المتعاقد الآخر أو لا خلاف فى المذهب بين الإمام أبى حنيفة وصاحبيه ؟

فيرى الإمام أبو حنيفة : أن الملك لا ينتقل إلى المتعاقد الآخر الذى له شرط الخيار ، ويرى الصاحبان أن ملكه يرتفع منه ويدخل فى ملك الطرف الآخر .

والدليل على هذا ما يلى :

أولا : أن البيع لا يكون سبباً موجباً لحكم العقد إلا بالتراضى ، ولا يتم الرضا مع الخيار لأن الخيار يفيد عدم الرضا بزوال الملك ، فلم يوجد السبب فى حق من له الخيار ؛ لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا ، فلا يوجد حكمه فى حقه .

وأما من لا خيار له منهما فالسبب تام من جانبه ، فتحقق شرطه ، وهو الرضا منه فينتقل ملكه عن ماله .

ثانياً : أن جواز البيع بشرط الخيار مع كونه معدولا به عن سنن القياس مشروع للحاجة إلى التروى ودفع الغبن ، ولا اندفاع لهذه الحاجة

إلا بامتناع ثبوت الملك فى الحال ، إذ من الجائز أن يكون المبيع قريباً للمشترى ، فلو ملكه فى الحال لكان له الحق فى أن يتصرف فيه فلا تندفع الحاجة التى من أجلها شرع الخيار .

ووجهة نظر الإمام أبى حنيفة فى عدم انتقال ملكية مال من لا خيار له إلى ملكية من له الخيار : هو لزوم التساوى بين المتعاوضين فى تبادل ملكيهما . فلو قلنا بدخوله فى ملك من لا خيار له لأدى ذلك إلى اجتماع البدلان فى ملك واحد ، وذلك ما يتنافى مع المعاوضات .

كما يؤدى إلى رجوع الخيار على موضوعه بالنقض ، فقد يكون المبيع قريباً للمشترى فيعتق عليه إذا كان الخيار له دون البائع[1] .

ووجهة رأى الصاحبين : أن الملك إذا خرج فلا بد من أن يدخل فى ملك الآخر وإلا كان زائلا لا إلى مالك وهذا لم يعهد فى الشريعة فى باب المعاوضات .

ويرد على قول أبى حنيفة : أن السبب فى نقل الملكية وهو الرضا قد تم من الجانب الذى ليس له خيار من المتعاقدين ، وهذا يكفى فى نقل الملك عنه إلى غيره .

والجواب : أن السبب لا يكون موجوداً إلا بتحقق الرضا من الجانبين وهذا ثابت بالنص فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[2] .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أنها جاءت بصيغة المفاعلة ، وهى

---

(١) راجع : فتح القدير جـ ٥ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ .

(٢) سورة النساء آية : ٢٩ .

تقتضى حصوله من العاقدين فإذا تحقق الرضا من أحدهما دون الآخر فلا يكون الرضا تاماً فلا يكون العقد مستتبعاً لحكمه .

المذهب الثانى : وهو مذهب الشافعية : وهذا المذهب يرى أنه إذا كان الخيار لأحد المتعاقدين بائعاً كان أو مشترياً فالمبيع ملك لمن له الخيار من المتعاقدين والثمن مملوك للآخر فإن كان للبائع فالمبيع ملك للبائع . والثمن ملك للمشترى .

أما إذا كان الخيار للمتعاقدين معاً فالملك فى هذه الحالة يكون موقوفاً ، بمعنى أننا ننتظر إلى أن تنتهى مدة خيار الشرط أو الفسخ فإن انتهت دون أن يفسخ أحدهما البيع فقد تبينا أن الملك فى الثمن للبائع والملك فى السلعة للمشترى وإذا فسخ أحدهما العقد ظهر أن المبيع كان على ملك البائع .

ودليلهم على ذلك :

أن الخيار إذا كان لأحدهما دون الآخر ، فإن لمن له الخيار وحده أن يتصرف فى المبيع تصرف الملاك فى أملاكهم بالبيع أو الهبة ، وما إلى ذلك من التصرفات . وهذا دليل على ثبوت الملك وانتقاله إليه إذ الإنسان لا يملك مثل هذا التصرف إلا فى ملكه .

ومعنى ذلك : أن الخيار إذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه والثمن أيضاً لم يخرج من ملك المشترى ، أما إذا كان الخيار للمشترى دون البائع فإنه يملك المبيع ويخرج الثمن عن ملكه للبائع ؛ لأن ذلك ما تقتضيه المعاوضة فهى تقتضى تعاكس البدلين بينهما .

أما إذا كان الخيار لهما معاً ، فإن المبيع يكون مملوكا لكل منهما بمقتضى صحة التصرف منهما على السواء بما لهما من حق الخيار — فيتعارض الملكان — ملك البائع وملك المشترى ، ولا مرجح لأحدهما ، فنتوقف عن الحكم بملكية المبيع فى تلك الحالة ويترك الأمر لما سيظهر منهما فيما بعد .

فإن أمضيا العقد استبان أن المبيع مملوك للمشترى من حين العقد ، وإن فسخاه تبين أنه مملوك للبائع ولم يخرج عن ملكه .

وحيث كان الملك فى المبيع موقوفا فكذلك فى الثمن تحقيق لمعنى المعاوضة (١) .

ويرد على استدلالهم بانتقال المبيع إلى المشترى إذا ما كان له الخيار دون البائع وحقه فى جواز التصرف فى المبيع أن هذا التصرف وإن دل على الملك إلا أنه لا يعنى أن الملك قد انتقل إليه بمجرد العقد بل بانضمام التصرف الذى دل على رضاه بهذا العقد ، فالتصرف دليل الرضا بالبيع وإجازته له .

وعلى هذا فلا ينهض التصرف حجة على التوقف إذا كان الخيار لهما بعد ما تبين لنا أن التصرف أمارة الرضا بالعقد .

المذهب الثالث : مذهب الحنابلة : وظاهر هذا المذهب أن الملك ينتقل بالعقد مع شرط الخيار لأحدهما أو كلاهما معاً ، ومع هذا فهم لا يجوزون للمتعاقدين التصرف فى محل العقد أو عوضه مدة الخيار . وهذا معناه أن التصرف فى محل العقد أو عوضه مدة الخيار لا يكون نافذاً . إذا كان الخيار لهما معاً .

أما إذا كان للمشترى وحده وتصرف فى المبيع فإن مثل هذا التصرف يكون إجازة لهذا العقد فيكون نافذا ، وكذلك إذا كان الخيار للبائع وحده وتصرف فى الثمن ، فإن هذا التصرف يكون نافذا ويعتبر رضا منه بالبيع .

واستدل أصحاب هذا المذهب على ذلك بالمنقول والمعقول :

---

(١) راجع مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٨ ، ٥٦ ، محاضرات فى خيارات البيع ص ٦٣ .

أما المعقول : فبما روى عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبدا فماله للذى باعه إلا أن يشترط المبتاع » .

ووجه الدلالة فى الحديث : أن المبيع وفوائده فى الأصل للبائع ، فإذا كان المبيع نخلا أو عبدا فثمرة النخل ومال العبد ملك للبائع ، وهذا معناه أن الأصل قد خرج بالبيع عن ملك البائع إلى ملك المشترى بمجرد البيع وهذا عام فى كل عقد .

وأما العقل فهو أنهم قاسوا البيع بشرط الخيار على البيع المطلق ، فإن كلا منهما عقد صحيح قد صدر من أهله فى محله فيترتب عليه حكمه كما كان ذلك فى البيع المطلق[1] .

ويرد على هـــذا : بأن المعهود شرعاً أن الملك لا ينتقل فى البيع إلا بالرضا التام من العاقدين ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[2] .

ولا يخفى أن العقد مع اشتراط الخيار لا يتوافر له ركن الرضا ، فالرضا فيه غير تام وإلا لما كان هناك حاجة لاشتراطه ، فلا يترتب عليه حكمه لفقدانه شرط ذلك الحكم وهو الرضا التام ، فيكون الحديث محمولا على البيع المطلق الذى لا تقييد فيه بشرط الخيار .

أما قياس البيع مع شرط الخيار على البيع المطلق فهو قياس غير مطابق ، فإن الرضا تام فى المطلق دون بيع الخيار ، وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح القياس .

---

(١) راجع : كشاف القناع جـ ٢ ص ٥٠ ، ٥٢ . والشرح الكبير المقدسى جـ ٤ ص ٢١ .

(٢) سورة النساء آية : ٢٩ .

المذهب الرابع : مذهب المالكية : وأما المالكية فالمشهور عندهم أن الخيار يمنع من انتقال الملك سواء كان للبائع أو للمشترى ، أولهما معاً ، فالمبيع باق على ملك البائع ، والثمن باق على ملك المشترى مع شرط الخيار .

واستدلوا على ذلك : بأن العقد لا ينعقد سبباً فى الملكية فى عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات إلا إذا تحقق فيه ركن الرضا من المتعاقدين ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

ومن المعلوم أن بيع الخيار لم يتحقق فيه شرط الرضا من المتعاقدين ، فلا يكون ناقلا للملك[1] .

الترجيح :

يتضح لنا من خلال عرض الآراء وأدلة كل رأى فى المذاهب الفقهية المختلفة أن أعدل هذه الآراء وأقواها هو ما ذهب إليه المالكية ، وهو المذهب الذى يقضى بأن العقد الذى دخله خيار الشرط لا ينتقل فيه ملكية المبيع الى المشترى ولا ينتقل فيه الثمن إلى البائع نظراً لانعدام الرضا التام من الجانبين ؛ وذلك لأن الرضا هو سبب أو شرط فى انتقال الملك وبغيره لا يكون للعقد أى أثر ، والله أعلم .

---

(١) راجع : الخرشى جـ ٥ ص ١٢٠ . المدونة الكبرى جـ ١٠ ص ١٣ ، محاضرات فى خيارات البيع ص ٦٠ .

المطلب الثالث

أثر خيـــار الشرط فى الفسخ

خيار الشرط ـ كما سبق أن ذكرنا ـ من شأنه أن يعطى لمن اشترطه حق إمضاء العقد أو فسخه فى مدة معلومة ، وله أن يستعمل هـذا الحق فى أى وقت شاء مادام الخيار باقياً لم يسقط ، فإن فسخ العقد أحد المتعاقدين بناء على شرط الخيار ، فإن كان ذلك بعلم المتعاقد الآخر وحضوره ، فقـد اتفق القائلون بخيار الشرط على أن الفسخ قد وقع صحيحا نافذاً .

أما إذا وقع فى غيبة العاقد الآخر دون أن يعلم بذلك ، فقـد اختلف فى هذا على مذهبين .

المذهب الأول :

وهو مذهب جمهورالفقهاء ، منهم : المالكية والشافعية والحنابلة والآخير من قولى أبى يوسف من الحنفية وهوأن الفسخ يقع صحيحا نافذاً دون توقف على علم الآخر .

المذهب الثانى :

وإليه ذهب الحنفية ، وهو أن الفسخ يكون موقوفا على علم الآخر فإن علم به العاقد الآخر فى مدة الخيارصح الفسخ ونفذ وإن لم يعلم به حتى مضت المدة لغى الفسخ ولزم العقد[1] .

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول ، بالسنة والمعقول :

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٣١٣ .

أما السنة فنها : ما رواه البخارى وابن ماجه وغيرهما ، أن حبان بن منقذ الأنصارى كان يغبن فى البياعات ، ومع ذلك لا يدع التجارة ، فشكا أهله ذلك لرسول الله ﷺ رجاء أن يمنعه منها ، فقال : « إذا أنت بايعت فقل : لاخلابة ، ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، إن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فارددها على صاحبها » .

ووجه الدلالة من هـذا الحديث : أن الرسول ﷺ أطلق لصاحب الخيار الحق فى الفسخ من غير أن يقيده بإعلان الطرف الآخر ، فدل هـذا على أن علم العاقد الآخر بالفسخ لا يشترط .

وأما المعقول[1] : فلأن الخيار حق خالص لمن شرط له فإذا تصرف بمقتضى هـذا الحق وفسخ العقد كان تصرفا فى خالص ملـكه فيقع صحيحا نافذاً كما لو طلق الزوج فإن الطلاق يقع صحيحا علمت به المرأة أو لم تعلم .

أدلة المذهب الثانى :

واستدل أبو حنيفة ومن معه ، بأنه لو نفذ الفسخ من غير أن يعـلم به العاقد الآخر للحقه الضرر بسبب الفسخ والضرر منهى عنه[2] .

ووجه الضرر : أن الخيار إن كان للبائع وفسخ من غير أن يعلم بذلك المشترى فإنه قد يتصرف فى المبيع استناداً إلى أن البيع قد تم ، فلو قلنا بالفسخ ، فإن ذلك يلحق الضرر بالمشترى لما يترتب عليه من نقض تصرفاته . وأيضا فإنه إذا كان الخيار للمشترى وفسخ العقـد دون أن يعلم البائع ، فإن البائع لا يطلب مشتريا لسلعته ركونا إلى أن البيع قد تم ، فلو ألزمناه بحـكم الفسخ لـكان فى هذا إضرار ظاهر به ، ولا ضرر ولا ضرار فى الإسلام كما هو معلوم من قواعد الشريعة .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٩١ .

(٢) المبسوط جـ ١٣ ص ٤٥ .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى : فإنه لو نفذ الفسخ على العاقد الآخر الذى لم يعلم بفسخ صاحبه لكان فى هذا إلزام له بما لم يعلمه وهو لا يجوز ، كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبته فإن حكم العزل لا يثبت فى حق الوكيل ما لم يعلم به .

وهـذا الاستدلال مردود عليه بأن كلا من المتعاقدين قـد تراضيا على شرط الخيار وهـذا من شأنه أن يجعل العقد غير لازم فى حق من شرط له الخيار ، وأصبح بهذا الحق مسلطا على الفسخ من جهة صاحبه إذ أنه أعطاه حق الفسخ برضاه على شرط الخيار فلا يتوقف تصرفه على علم الآخر . ولا ضرر فى هذا على البائع لأن البيع بشرط الخيار لا يمنع البائع من البحث عن مشتر آخر على فرض فسخ البيع .

ثم إن مـدة الخيار يسيرة ، والمشترى إذا تصرف فى البيع فى مدة خيار البائع قبل بحثه عن حال العقد من البائع كان مقصراً ، وما عليه لو استأذن البائع أو استخبره قبل أن يقدم على التصرف ؟

وأما القياس على عزل الوكيل فلا يفيد ؛ لأنا نقول : إن الوكيل ينعزل إذا عزله الموكل علم الوكيل بخبر العزل أو لم يعلم ، فلم يسلم حكم الأصل المقيس عليه ، فـكيف يثبت مثله فى الفرع المقيس ؟

الترجيح : وبعد أن عرضنا الآراء والأدلة والمناقشة على النحو المتقدم ، نرى رجحان ما ذهب إليه الشافعية ومن معهم ؛لأن الخيار ما شرع إلا لدفع الضرر والغبن عمن اشترط له الخيار فلو لم يكن متمكنا من الفسخ بغير علم من العاقد الآخر لفات المقصود منه ، إذ أن الطرف الآخر قـد يتمكن من إخفاء نفسه حتى تمضى مدة الخيار ، فيلزم العقد ويسقط الخيار .

المبحث الرابع

من يثبت له حق خيار الشرط وهل يورث هذا الحق ؟

والعقود التي يدخلها خيار الشرط

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

من يثبت له حق خيار الشرط

أجمع الفقهاء القائلون بمشروعية خيار الشرط على أنه يجوز لكل من المتعاقدين أو أحدهما أن يشترط الخيار بائعا كان أو مشتريا سواء كانت مدة خيار الشرط متساوية أو متفاوتة ،فإن تراضيا على أن يكون الخيار لأحدهما يوما والآخر يومين أو ثلاثة جاز ذلك ؛ لأن الخيار شرع رفقاً بالعاقدين ، فكان الحق لهما[١] .

واختلفوا فى شرط الخيار لغير العاقدين، كأن يشترطه العاقدان أو أحدهما لأجنبى عن العقد على مذهبين :

الأول : مذهب الأكثرين من الفقهاء ، ومنهم : أبو حنيفة وصاحباه ، ومالك وأحمد والعترة والشافعى فى أظهر القولين أن خيار الشرط جائز إذا اشترطه المتعاقدان أو أحدهما لأجنبى[٢] .

والثانى : وبه قال زفر من الحنفية وهو أن خيار الشرط حق خاص بالمتعاقدين أو أحدهما ولا يجوز أن يجعل لغيرهما ، وهذا هو القول الآخر للشافعى .

---

(١) المبسوط : جـ ١٣ ص ٤٧ المجموع : جـ ٩ ص ٢١٠ ، رد المحتار على الدر المختار : جـ ٤ ص ٤٦ ، الشرح الصغير : جـ ٣ ص ١٢٦ ، كشاف القناع : جـ ٣ ص ٢٠٥ ، شرح النيل وشفاء العليل : جـ ٤ ص ٥٥١ ، وكذلك ابن حزم إذا كان الخيار بلفظ لا خلابة المحلى : جـ ٨ ص ٤٠٩ .

(٢) فتح القدير : جـ ٥ ص ١٢٦ ، بداية المجتهد : جـ ٢ ص ٢١١ المجموع : جـ ٩ ص ٢١٠ ، المغنى : جـ ٣ ص ٥٨٧ ، البحر الزخار : جـ ٣ ص ٣٤٨ .

واستدل القائلون بالجواز : بأن الحاجة التي دعته إلى شرط الخيار للعاقد قد تدعوه إلى أن يشرط الخيار لغيره لكونه أعرف بالحال منه ، قال الإمام السرخسي مبينا وجه جواز ذلك : «لأن جواز اشتراط الخيار إلى دفع الغبن ، وقد يشتري الإنسان شيئاً وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون مهتديا يأمنه من قريب أو صديق حتى ينظر إليه[1] .

وأما من ذهب إلى عدم الجواز ، فقد استدل على ذلك : بأن خيار الشرط من أحكام العقد وهي لاتثبت لغير المتعاقدين،وإذا كان الأمر كذلك فلايجوز ثبوت خيار الشرط لغير العاقدين قياسا على سائر أحكام العقد[2] .

الترجيح : والراجح ما ذهب إليه الجمهور ؛ لأن خيار الشرط سواء كان للعاقدين أو لأجنبي قد ثبت بالتراضي بين الجانبين في الحدود التي لا تتنافى مع ما ثبت من الشرع ، ومتى كان المرء كامل الأهلية والولاية روعي تصحيح تصرفه ما أمكن ؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين ، وهنا أمكن تصحيح الشرط فلا يجوز الإلغاء .

ثم إن اشتراط الخيار لغير العاقد ما هو إلا اشتراط للعاقد ؛ لأنه لاوجه لإثبات الخيار لغير العاقد بطريق الأصالة ، بل إن ثبوته للغير كان بطريق النيابة من العاقد ، فكأن العاقد اشترط الخيار لنفسه وجعل الأجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء ، تصحيحا لتصرفه .

ولعل ما دفع زفر للقول بعدم الجواز لأجنبي عن العقد أنه لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان .

---

(١) المبسوط : جـ ١٣ ص ٤٧ .

(٢) المهذب : جـ ٦ ص ٢١٠ ، شرح الجامع الصغير للعتابي ص ١٢٩ .

ولكن متى أمكن تصحيح تصرف العاقدان كان ذلك أولى صيانة لكلام المكلفين عن اللغو ، وعلى هذا إذا شرط العاقدان أو أحدهما الخيار لأجنبي عن العقد جاز وثبت الخيار إعمالا للشرط الصحيح .

وإذا ثبت الخيار لأجنبي عن العقد فهل يختص به دون العاقد الذى شرط له الخيار أو يثبت لهما معاً ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

الرأى الأول : وإليه ذهب أبو حنيفة وصاحباه والحنابلة والشافعية فى وجه نقل تصحيحه عن الرويانى وهو أنه إذا شرط العاقد الخيار لغيره ثبت الخيار لكل واحد منهما.

والرأى الثانى : وهو الأصح عند الشافعية أن الخيار فى هذه الحالة يثبت للأجنبى دون العاقد .

استدل الحنفية ومن معهم على أنه إذا شرط الخيار للأجنبى فهو فى معنى شرط العاقد الخيار لنفسه؛لأنه يجعل الغير نائباً عنه فى التصرف بحكم الخيار، ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار للعاقد[1] .

واستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه من أن الخيار يثبت للأجنبى دون العاقد بأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط ، وهنا قد شرطه العاقد لا لنفسه بل للأجنبى ، فيثبت الخيار لمن شرط له[2] . بل ذهب الشافعية إلى أبعد من هذا حيث قالوا : بأن هذا الأجنبى الذى شرط له الخيار إذا مات فلا يثبت الخيار للعاقد بموت الأجنبى[3] .

---

(١) المبسوط : جـ ١٢ ص ٤٧ ، الفتاوى الهندية : جـ ٣ ص ٥٣ ، شرح الجامع الصغير للعتابى : ص ١٢٩ .

(٢) المجموع : جـ ٩ ص ٢١١ .

(٣) المجموع : جـ ٩ ص ٢١٢ .

وهـذا مردود عليه : بأن شرط العاقد الخيار للأجنبي في معنى شرطه للعاقد .

والراجح : ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن وافقه ؛ لأنه إذا ثبت الخيار للأجنبي من جهة العاقد فلأن يثبت للعاقد أولى[1] طالما أن المتعاقد لم يقل : جعلت الخيار لهذا الأجنبي دوني .

ويتفرع على هذا أنه في حالة اشتراط الخيار لأجنبي ، فإنه يثبت لكل واحد منهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه ، فإن اختيار كل منهما إمضاء العقد سقط الخيار ولزم العقد ، وإن اختارا فسخ العقد انفسخ وسقط الخيار ، وإن اختار أحدهما الفسخ واختار الآخر الإجازة ، ففي ذلك خلاف بين المذاهب على رأيين :

أما الشافعية : فيرون أن الفسخ يقدم سواء تقدم من اختاره أو تأخر لأن الفسخ أولى من الإجازة على ما سيأتي إن شاء الله في مسقطات الخيار .

وأما عند الحنفية : فإن كان الفسخ والإجازة على التعاقب قدم أولهما لسبقه فسخا كان أو إجازة لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده يلغو لأن السابق إن كان فسخاً فالمفسوخ لا تلحقه الإجازة ، وإن كان إجازة فقد لزم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه .

وإن كانا معاً ، فروايتان :

الأولى : أن تصرف العاقد أقوى ؛ لأن النائب يستفيد الولاية منه ، فسخاً كان أو إجازة .

والثانية : أن الفسخ أقوى لأن الإجازة تلحق الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ، فكان الفسخ أقوى من الإجازة .

---

(١) المرجع السابق .

والقول الذى جاءت به الرواية الأولى هو الراجح ؛ لأن رأى الأصيل مقدم وأحق بالاعتبار من حيث إنه الأصيل ، والنائب يستمد منه السلطان ، فلا يصلح أن يكون معارضاً للأصيل. ولأنه لما أقدم الأصيل على التصرف كان ذلك عزلا منه للأجنبى بالفعل حكما وهو يملك ذلك صريحا بالقول ، فكذا دلالة بالفعل .

ولأن تصرف النائب إنما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة التصرف بنفسه فيلغو تصرف النائب[1] . والله أعلم .

(١) بدائع الصنائع جـ٣ ص ٣٢١٢، الأصل جـ٦ ص١٩ ، الرياض جـ٤ ص١٩ .

المطلب الثانى

العقود التى يدخلها خيار الشرط

اتفق الفقهاء الذين قالوا بجواز خيار الشرط على أن هذا الخيار يدخل عقود المعاوضات اللازمة التى لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما فى مجلس العقد ، واختلفوا بعد ذلك فيما يندرج تحت هذا الضابط من الفروع . وذلك ما نوضحه إن شاء الله .

ونحن نستعرض العقود التى يدخلها خيار الشرط فى المذاهب الفقهية على النحو التالى :

١ — مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أنه يصح شرط الخيار فى العقود اللازمة التى تحتمل الفسخ ، ومعنى هذا : أن خيار الشرط عند الحنفية يدخل البيع والقسمة والصلح عن مال والكتابة والرهن إذا شرط الخيار فيه للراهن ولا يجوز شرطه للمرتهن ؛ لأن المرتهن يجوز له نقض الرهن متى شاء بلاخيار ، وإذاً فلامعنى لشرط الخيار له لأنه لا يفيده شيئاً .

وكذلك يصح شرط الخيار عند الحنفية فى الخلع والعتق على مال إذا شرط للمرأة أو العبد ولا يصح شرطه للزوج أو السيد ، لأن العقد بالنسبة لهما لا يحتمل الفسخ لكونه فى معنى اليمين .

ويصح شرط الخيارفى الكفالة للمكفول له أو الكفيل ، وكذا الحوالة إن شرط للمحتال أو المحال عليه وفى الإجارة والمزارعة والمساقاة ، وفى الإقالة بناء على أنها بيع .

وأما الوقف والإبراء ، فدخول خيار الشرط فيهما مختلف فيه فى المذهب الحنفى .

فإن كان الموقوف مسجداً فلا يصح شرط الخيار ، فإن شرطه الواقف صح الوقف وبطل شرط الخيار ، وإن كان غير مسجد فذهب أبو يوسف إلى أنه يصح شرط الخيار فيه ، وعند محمد لا يصح .

وأما الإبراء ، فرأى بعضهم أنه إذا قال قائل : أبرأتك على أنى بالخيار جاز وثبت الخيار ، ورأى آخرون أن الخيار فى مثل هذا باطل .

وبحث العلامة ابن عابدين ثبوت شرط الخيار للمرأة فى الطلاق على مال لأنه معاوضة من جانبها فكان فى معنى الخلع على مال ، ويصح شرط الخيار فى تسليم الشفعة بعد الطلبين .

وما عدا ما ذكر من العقود فلا يدخلها خيار الشرط عند الحنفية ، كالنكاح والصرف والسلم والهبة والوصية وغيرها[1] .

٢ — مذهب الشافعية :

أما الشافعية والحنابلة ، فخيار الشرط عندهم يدخل فى العقود التى يدخلها خيار المجلس ، باستثناء عقود المعاوضات التى يشترط فيها التقابض قبل التفرق ، كالصرف والسلم ومبادلة الأموال الربوية ، فإن هذه العقود لا يصح فيها اشتراط الخيار ويثبت فيها خيار المجلس[2] ، لأنه لو جاز لجاز تفرق العاقدين قبل تمام العقد ، وهذا لا يجوز فى تلك العقود ، ولأن ماشرط

---

(١) رد المحتار جـ ٤ ص ٥٠ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٤٠ .

(٢) المجموع جـ ٩ ص ١٩٢ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ١٤٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٥٦ .

فيه في المجلس لا يحتمل الأجل ، فأولى ألا يحتمل الخيار ، لأنه أعظم منه غرراً لمنعه الملك فيما إذا كان الخيار لهما أو لزومه فيما إذا كان الخيار لأحدهما .

ويستثنى أيضا العقود التي تجرى بالنسبة لما يتسارع إليه الفساد في المدة المشروطة لأن قضية الخيار التوقف عن التصرف فيه فيؤدى إلى ضياع ماليته .

ويستثنى من ذلك : أنه لا يجوز خيار الشرط للبائع في المصراة لأنه يترك الحلب لئلا يفوت غرضه من ترويج سلعته على المشترى فيضر بالبهيمة ومثل الثلاث ما قاربها مما من شأنه الإضرار بها .

ويصح خيار للشرط في البيع وصلح المعاوضة ، والقسمة إن كان فيها رد وإلا فإن كانت قسمة إجبار فلا خيار فيها خلافا لما نقله النووى عن المتولى من صحة شرط الخيار فيها للطالب في أحد وجهين على القول بأنها بيع ، وإن جرت القسمة بالتراضى فعلى القول بأنها إفراز لا يثبت فيها خيار الشرط ، وكذا على القول بأنها بيع في الأصح ويصح شرط الخيار أيضا في الإقالة على القول بأنها بيع ، ويصح شرط الخيار . في الهبة بعوض في وجه لأنها بيع ، ومن الشافعية من يرى عدم ثبوت خيار الشرط في تلك الهبة لأنها وإن كانت عقد معاوضة إلا أنها ليست بيعاً والخيار إنما ورد في البيوع .

وأما العقود اللازمة الواردة على المنفعة كالنكاح ، والإجارة وكذا المساقاة والمسابقة على القول باللزوم ، فلا يثبت فيها خيار الشرط على المعتمد .

ولا يدخل خيار الشرط في العقود الجائزة من الطرفين من وكالة وشركة ووديعة وعارية وقراض وجعالة ونحوها ، وكذا العقود الجائزة في حق أحد الطرفين كالضمان والرهن والكتابة[1] .

---

(١) المجموع : جـ ٩ ص ١٨٦ ، ٢٠٦ ، نهاية المحتاج : جـ ٣ ص ٩٥ ، ٨٧ .

وعلى ذلك، فإن العقود التى هى بيع أو فى معنى البيع يثبت فيها خيار الشرط عند الشافعية، وأما العقود غير اللازمة التى يجوز التصرف فيها ولو فى حق أحد المتعاقدين بأن كان متمكنا من فسخها فى أى وقت فهذه لا يثبت فيها خيار الشرط، إذ أنه لا معنى لثبوت الخيار فيها مع جواز التصرف.

٣ — مذهب الحنابلة :

وأما الحنابلة، فيثبت خيار الشرط عندهم فى العقود اللازمة التى يقصد منها المعاوضة بشرط ألا تتوقف صحتها على قبض البدلين أو أحدهما فى مجلس العقد.

فيصح فى البيع والصلح والقسمة والهبة بمعنى البيع كالصلح بعوض على عين أو دين مقربه وقسمة التراضى وهبة الثواب لأنها أنواع من البيع والإجارة فى الذمة كخياطة ثوب وإجارة على مدة لا تلى العقد كسنة ثلاث فى سنة اثنين إذا شرط مدة تنقضى قبل دخول سنة ثلاث فإن وليت المدة العقد كشهر من الآن لم يصح شرط الخيار لئلا يؤدى إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو استيفائها فى مدة الخيار وكلاهما غير جائز[1].

ولا يثبت خيار الشرط عند الحنابلة فى غير ما ذكر من العقود كالشفعة لشبهها بالفسخ كما لا يثبت خيار الشرط فى العقود اللازمة التى يشترط فيها القبض فى المجلس كالصرف والسلم، وبيع الطعام بالطعام ولا يثبت فى العقود اللازمة التى لا يقصد بها العوض كالنكاح والخلع والوقف، ولا يجوز خيار الشرط أيضاً فى العقود الجائزة من الطرفين أو أحدهما كالشركة والوكالة والقراض والجعالة والوصية والوديعة والرهن والضمان.

---

(١) الروض المربع : ج ٢ ص ١٧٣ .

ولا يجوز الخيار فى العقود المترددة بين الجواز واللزوم كالمزارعة ، والمساقاة على القول بالجواز فيهما ، أما على القول باللزوم ففى جواز خيار الشرط فيها وجهان ، وإن قلنا : السبق والرمى جعالة فلا خيار وهو ظاهر المذهب ، وإن قلنا : إجارة أخذ حكمها .

ولا يثبت خيار الشرط أيضاً فى العقود اللازمة التى يستقل بها أحد المتعاقدين كالحوالة والأخذ بالشفعة على الراجح ؛ لأن من لا يعتبر رضاه فلا خيار له ، وإذا لم يثبت الخيار لأحـــد المتعاقدين لم يثبت للآخر ، ويحتمل أن يثبت الخيار فى الحوالة للمحيل ، وفى الشفعة للشفيع لوجود المعاوضة[١] .

٤ — مذهب المالكية :

أما المالكية ، فمذهبهم قريب إلى حد كبير من مذهب الشافعية والحنابلة فيما يدخله خيار الشرط من العقود ، فهم لا يجيزونه فى العقود الجائزة كالشركة والحوالة والرهن والقراض والجعالة والوصية وغيرها ، وكذلك العقود التى يشترط فيها التقابض فى المجلس كالصرف والسلم ، وبيع الطعام بالطعام ، ولا يجيزونه فى العقود اللازمة التى لا يقصد بها العوض كالنكاح والخلع .

بيد أنهم يرون جواز خيار الشرط فى عقد الكتابة موافقين فى ذلك الحنفية ، ولعلهم يعتبرونها فى معنى البيع .

وقد انفردوا بجواز خيار الشرط فى عقد السلم ، فأباحوا اشتراط الخيار فيه إلى أجل قريب كاليوم واليومين ؛ نظراً لأنهم لا يرون اشتراط قبض

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

رأس المال فى مجلس العقد ، بل يجيزون تأخيره إلى هذا الأجل[1] .

ومن خلال هذا العرض لأنظار المذاهب الفقهية فى العقود التى يدخلها خيار الشرط يظهر أن دائرة هذا الخيار عند الحنفية أوسع منها عند الشافعية والحنابلة ، فهم لا يقصرونه على البيع وما كان فى معناه ، بل يرون جوازه فيما منعه هؤلاء من الرهن والخلع والعتق على مال ، حيث يصححون اشتراط الخيار للراهن ، والمرأة والعبد ، وكذلك يجيزونه فى الوقف والإبراء من الدين فيصح فيهما خيار الشرط أيضاً[2] .

---

(١) راجع المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٢١ ، التاج والإكليل على هامش الحطاب ج ٤ ص ٤٢٢ ، والمقدمات الممهدات لابن رشد ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) راجع البحر الرائق ج ٦ ص ٤٤٣ ، ومحاضرات فى خيارات البيع ص ٧٧ .

المبحث الخامس

ما ينتهى به خيار الشرط

ينتهى خيار الشرط بأمور نبينها فيما يلى :

أولا : اختيار الفسخ أو الإجازة :

فإذا كان الخيار لأحد المتعاقدين بائعاً أو مشترياً ، فإن من له الخيار الحق فى أن يفسخ العقد ، أو يجيزه خلال المدة المضروبة للخيار ، فإن اختار الإجازة لزم العقد وانتهى الخيار ، وإن اختار الفسخ انفسخ العقد وانتهى الخيار .

وإن كان شرط الخيار لكل من العاقدين ، فلكل واحد منهما فسخ العقد وإمضاؤه ، فإن اختار معاً الفسخ انفسخ العقد وسقط الخيار ، وإن اختارا الإمضاء لزم العقد وسقط الخيار .

وإن اختار أحدهما الفسخ واختار الآخر تقرير العقد أجيب من اختار الفسخ سواء تقدم على صاحبه أو تأخر عنه ؛ لأن الفسخ أقوى من الإجازة إذ التصرف المجاز يحتمل الفسخ بخلاف المفسوخ لا تلحقه الإجازة ؛ ولأن الخيار قصد به التمكن من الفسخ[1] .

ما يحصل به الفسخ والإجازة :

اتفق الفقهاء القائلون بجواز خيار الشرط بأن كلا من الفسخ والإجازة يكون بالقول أو الفعل .

---

(١) تحفة الفقهاء ج ٢ ص ٩٣ ، البدائع ج ٧ ص ٣٣١١ ، المبسوط ج ٢ ص ٤٢ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩٩ .

أما الإجازة بالقول : فهى تحصل بكل عبارة تدل على إبطال حقه فى الفسخ كأن يقول : أجزت ، أو رضيت أو أمضيت أو أسقطت خيارى ، ونحو ذلك من الألفاظ التى تدل على الرضا بلزوم العقد .

وأما فسخ العقد بالقول : فهو أن يقول من له الخيار : فسخت العقد ، أو رددته أو نقضته أو رجعت عنه أولا أرض به ، وما شابه هذا من الأقوال الدالة على الفسخ .

أما حصول الإجازة ، أو الفسخ الذى يشعر بهما ، فقد اختلف فيه الفقهاء .

ولكن خلافهم ليس فى الفعل الذى يصـــدر ممن له الخيار إن كان بقصد اختبار حال المبيع ، كأن يركب الدابة مرة — مثلا — لاختبار حالها فى السير أو يلبس الثوب مرة لينظر حالته عليه ، فإن هذا التصرف منه ليس دليلا على الإجازة ولا على الفسخ ؛ لأن الأمر فى هذه الحالة أمر تجربة واختبار فلا دليل فيه على الإجازة ، وهذا لا خلاف فيه .

وإنما الخلاف بين الفقهاء فى الفعل الذى يصدر من العاقد الذى له حق الخيار وهو فى العادة لا يصدر إلا من الملاك ، ولهم فى ذلك أربعة أقوال :

القول الأول : وهو مذهب الجمهور من الحنفية ، والمالكية ، والصحيح عند الشافعية ، والحنابلة[1] أن هذا الفعل إن صدر من البائع فهو فسخ وإن صدر من المشترى فهو إجازة .

القول الثانى : أنه إن صدر من البائع كان فسخاً ، وإن صدر من المشترى لم يكن إجازة ، وبه قال الشافعية فى وجه مرجوح عندهم .

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٣٠٢ ، المجموع ج ٩ ص ٢١٦ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٢٥٠ .

القول الثالث : أن مثل هذا التصرف لا يعد فسخاً من البائع ويعتبر إمضاء إن وقع من المشترى ، وهو رواية ضعيفة عن أحمد[١] .

القول الرابع : أن مثل هذا الفعل لا يعتبر فسخاً من البائع ولا إجازة من المشترى ، وهذا فى وجه مرجوح عند الشافعية والحنابلة . وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الإمامية ، فإن تصرف البائع فى الثمن وتصرف المشترى فى المبيع تصرفاً غير متلف ولا ناقل لا يسقط الخيار عندهم[٢] .

استدل أصحاب المذهب الأول بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فبما روى أن رسول الله ﷺ قال لبريرة حين عتقت : ملكت بضعك ، فاختارى ، وإن وطئك زوجك فلا خيار لك .

ووجه الدلالة : أن رسول الله ﷺ جعل تمكينها زوجها من وطئها دليل على بطلان الخيار فصار ذلك أصلا لأن الخيار كما يسقط بصريح الإسقاط يسقط بالإسقاط من طريق الدلالة .

وأما المعقول : فإنهم قاسوا الفعل على القول بجامع الدلالة على الفسخ أو الإجازة فى كل منهما[٣] .

واستدل أصحاب المذهب الثانى : بأن خيار العيب لا يسقط بمثل ما ذكر من الأفعال فلا يسقط بها خيار الشرط قياساً على خيار العيب[٤] .

ويرد على هذا : بأن المشترى فى خيار العيب إما أن يتصرف فى المبيع قبل علمه بالعيب أو بعده ، فإن كان الثانى كان رضى بالعيب وسقط خياره فينبغى

---

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٧١ .
(٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ٥٦٥ .
(٣) المغنى ج ٣ ص ٥٧٠ .
(٤) المجموع ج ٩ ص ٢١٦ .

أن يكون الحال كذلك فى خيار الشرط وإن تصرف فى المبيع غير عالم بالعيب كان قياس خيار الشرط على خيار العيب قياساً مع الفارق ؛ لأن المشترى فى خيار الشرط عالم بثبوت الخيار له بخلاف خيار العيب[1] .

واستدل أصحاب المذهب الثالث : بأن الملك قد انتقل من البائع إلى المشترى بالعقد الصحيح ، فتصرف البائع يكون تصرفاً فى ملك غيره من غير إذن ولا ولاية ، فيكون فاسداً فلا حكم له .

ويرد على هذا : بأن شرط الخيار يعطى صاحبه حق الفسخ ، وإذا كان له حق الفسخ فله استرداد المبيع ، فذلك لا يخرج عن كونه استرداداً ثم إنه لو كان الأمر كما ذكرتم فأى فائدة للخيار بالنسبة للبائع ؟

واستدل أصحاب المذهب الرابع : بأن العقد قد انعقد بيقين فلا يرتفع إلا بيقين ، وذلك إنما يكون بالقول الصريح .

ويرد على هذا : بأنه موجود فى جانب الفعل .

الترجيح :

والراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهو : أن الإجازة والفسخ يحصل كل منهما بالفعل المشعر بهما من البائع أو المشترى على حد سواء ؛ لأن الفعل يشعر بقصد فاعله ، وهذا يتضمن الدلالة على الفسخ كما يتضمن الدلالة على الإجازة[2] .

---

(١) يراجع نظرية الفسخ فى الشريعة ص ٤٠٣ .
(٢) المرجع السابق ص ٤٠٤ .

ثانياً : هلاك المبيع أو تعيبه أو استهلاكه أو نقصانه :

١ — هلاك المبيع :

وإذا هلك المبيع فى مدة خيار الشرط ، فإما أن يكون قبل القبض ، أو بعده .

فإن كان هلاك المبيع قبل القبض فالفقهاء متفقون على أن عقد البيع قد انفسخ ، وسقط الخيار بانفساخ العقد ؛ وذلك لأن العقد لو كان باتاً لانفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض ، فيكون انفساخ العقد غير البات بذلك من باب أولى لأنه أضعف منه .

أما إذا كان هلاك المعقود عليه بعد القبض ، فإن انفساخ العقد وسقوط خيار الشرط بذلك موضع خلاف بين المذاهب الفقهية نورده فيما يلى :

(ا) مذهب المالكية :

فعند المالكية : أن العقد ينفسخ بهلاك المعقود عليه — أى المبيع — ويسقط خيار الشرط مطلقاً سواء كان الخيار للبائع أو المشترى أولهما معاً ؛ لأن الملك عندهم لا ينتقل فى بيع الخيار حتى ولو حصل قبض المبيع ، فإذا هلك المبيع فلا يتصور ثبوت الملك ، فينفسخ العقد لعدم ثبوت حكمه .

وعندهم : أن يد المشترى على المبيع يد أمانة ، ولا يضمن إلا فى حالات خاصة ، بينوها فى موضعها[1] .

(ب) مذهب الحنابلة :

وأما الحنابلة فيرون ، أن المبيع إذا هلك فلا ينفسخ العقد ، بل يكون

---

(١) واجع الخرشى ج ٥ ص ١٢٠ ، محاضرات فى خيارات البيع ص ٦٧ .

حينئذ لازما ويسقط خيار الشرط سواء كان للبائع أو للمشترى، وهذا الرأى هو المعتمد.

وعدم انفساخ العقد عندهم يرجع إلى أنهم يرون أن الملك فى المبيع قد انتقل فى فترة الخيار إلى المشترى، وبهلاك المبيع يتقرر الملك ويسقط الخيار، لتعذر الرد[1]:

(ج) مذهب الحنفية:

وأما الحنفية فإنهم يفرقون فيما إذا كان الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما معاً، فإن كان للبائع أو لهما معاً وهلك المبيع انفسخ البيع وبطل الخيار، وإن كان للمشترى لم ينفسخ العقد، بل يكون لازماً، ويسقط الخيار.

أما فى حالة ما إذا كان الخيار للبائع أو البائع والمشترى؛ فلأن المبيع لا ينتقل عن ملك البائع وبهلاك المبيع لا يتأتى ثبوت الملك فيه، وبهذا ينفسخ العقد.

وأما الحالة الثانية وهى: إذا كان الخيار للمشترى؛ فلأن المبيع قد خرج من ملك البائع إلى ملك المشترى، والهلاك لا يخلو من مقدمة عيب، وفى هذه الحالة يتعذر رده إلى البائع؛ لأنه ليس على الوجه الذى قبضه عليه فيسقط خياره، ويتقرر ملكه، ويجب عليه الثمن.

ووجهة نظر الحنفية فى ذلك: أنهم يرون أن المبيع مضمون على المشترى، فلو هلك فى يده والخيار البائع أو لهما معاً كان عليه رد بدله من المثل أو القيمة[2].

---

(١) يراجع الشرح الكبير ج ٤ ص ٧٥، ٧٦، كشاف القناع ج٢ ص ٥١.

(٢) راجع فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ١١٧، البدائع ج ٥ ص ٢٧٢.

(د) مذهب الشافعية :

وقال الشافعية : إن كان الخيار للبائع وحده دون المشترى انفسخ العقد وإن كان للمشترى أو لهما معاً لم ينفسخ ، وفى هذه الحالة يكون الخيار للبائع فإن أمضى العقد وجب له الثمن فيأخذه من المشترى ، وإن فسخ العقد كان له على المشترى بدل المبيع من المثل أو القيمة .

ووجهة نظر الشافعية فى ذلك : أن البيع فى هذه الحالة ينفسخ ؛ لأن المبيع مملوك للبائع ، وإذا هلك تعذر فيه ثبوت الملك فينفسخ العقد ، والأمر فى الحالة الثانية مختلف عن هذا تماماً ، فلا يكون للهلاك أى تأثير لا على العقد ، ولا على الخيار ، فالقيمة ، أو ثمن المثل يقوم كل منهما مقام العين التى هلكت ، وبهذا فإن العين تكون باقية ، وموجودة حكما ، وذلك من أجل أن تتحقق الفائدة التى شرع الخيار من أجلها[1] .

الترجيح :

ومن الملاحظ أن المدار فى فسخ البيع يرتكز أساساً على انتقال الملك زمن الخيار ، أو عدم انتقاله ، فإذا كان الملك قد انتقل فالقول بالفسخ وإلا فلا ، والذى يترجح فى رأينا هو القول بعدم انتقال الملك زمن الخيار فيظل ملك كل من البائع والمشترى على أصله من عدم الانتقال ، وما دام الأمر كذلك فإن هلك المبيع انفسخ العقد مطلقاً وسقط الخيار ، وهو ما ذهب إليه المالكية وهو الراجح[2] .

---

(١) راجع شرح التحفة ج ٤ ص ٣٩٦ ، المجموع ج ٩ ص ٢١٩ .
(٢) راجع محاضراته فى خيارات البيع ص ٦٨ .

٢ — استهلاك المبيع :

وفى حالة استهلاك المبيع فى زمن الخيار ، فلا يخلو الأمر من أن يكون الخيار للبائع ، أو للمشترى ، أو لهما معاً ، فإن كان الخيار للبائع ، فإما أن يستهلكه البائع ، أو المشترى ، أو أجنبى ، وتفصيل ذلك كما يلى :

فذهب الحنفية : إلى أنه إذا كان البائع هو الذى استهلكه انفسخ البيع وسقط الخيار ؛ لأن استهلاك البائع يعتبر رداً للبيع ، ورجوعاً فيه ، وذلك هو الفسخ ، وأيضاً يكون الحكم كذلك إذا كان الخيار لهما .

وإن استهلكه المشترى لم ينفسخ العقد ؛ لأن المبيع حينئذ وإن كان قد هلك إلا أنه هلك وله بدل ، وهذا البدل يتمثل فى الضمان إما بالمثل ، أو القيمة ، وهو بهذا الاعتبار يكون موجوداً معنى ، وبالتالى فإن خيار البائع يظل باقياً ، وله حرية الاختيار فيما يراه من إمضاء البيع وأخذ الثمن المتفق عليه بينهما أو الفسخ ويرجع عليه بالبدل .

وذهب المالكية : إلى القول بضمان المشترى للبائع الثمن ، أو القيمة أيهما أكثر ؛ لأن من حق البائع أن يختار إمضاء البيع إن كان الثمن أكثر من القيمة أو الفسخ إن كانت القيمة هى الأكثر .

وطالما أنه لم تره منه إجازة أو رد فالخيار باق له ، ومن ثم فالمشترى لا يلزم بالأكثر ابتداء ، وهذا اختيار بعض المالكية[1] .

---

(١) راجع تعليق العدوى على شرح الخرشى ج ٥ ص ١٢١ .

هذا إن استهلكه البائع أو المشترى ، فإن استهلكه أجنبى فلا ينفسخ البيع عند المالكية وأيضاً عند الحنفية ، ويكون البائع على خياره لبقاء العين حكماً على ما سبق بيانه سابقاً .

فإن رأى البائع إمضاء البيع أخذ الثمن المتفق عليه ورجع المشترى على الأجنبى بالبدل ، وإن رأى فسخ العقد كان له ذلك ورجع على الأجنبى بالضمان .

والمالكية فى هذه النقطة ليس لهم رأى واضح والذى يستخلص من كلامهم أنهم يقولون بانفساخ البيع ، ويؤيد ذلك أنهم جعلوا ضمان العين المتلفة من الأجنبى فى مدة خيار الشرط للبائع لبقاء المبيع على ملكه،وحيث فاتت العين بالهلاك لم تصبح محلا لنفاذ العقد فينفسخ البيع .

ولكن يمنع من ذلك أن العين وإن استهلكت،فإن ضمان المثل أو القيمة يقوم أى منهما مقام العين فتصير باقية حكما على ما سبق بيانه من قبل .

وإن كان الخيار للمشترى ، فإما أن يكون استهلكه البائع أو المشترى أو أجنبى ، فإن كان البائع هو الذى أتلف المبيع فالمشترى يبقى على خياره ، وهذا مذهب الحنفية .

ووجهتهم فى ذلك : أن المشترى له الخيرة فى إجازة البيع أو الفسخ ، فإن أجازه ضمن البائع بدل العين من المثل أو القيمة وإن شاء فسخ البيع واسترد الثمن .

أما المالكية فيرون : أن البائع يضمن للمشترى الأكثر من القيمة أو الثمن ؛ لأن الثمن إن كان أكثر فللمشترى أن يرد المبيع ؛ لأن له حق الخيار، وإن كانت القيمة أكثر فله أن يجيز البيع .

والراجح : مذهب الحنفية ؛ لأن المشترى لم يبق فيه إجازة أورد، فيجب أن يبقى على خياره ، ولا يصح أن يلتزم البائع بالأكثر ابتداء .

وإذا أتلفه المشترى ، فقد رأى كل من الحنفية والمالكية انبرام البيع وسقوط الخيار ؛ لأن ذلك يعتبر منه إمضاء للعقد .

وإن أتلفه أجنبى لم ينفسخ البيع ويبقى المشترى على خياره عند الحنفية إن شاء أمضى العقد ورجع على الأجنبى بضمان المبيع، وإن شاء فسخه ورجع البائع حينئذ على الأجنبى بالبدل[1] .

ثالثا : انتهاء مدة الخيار :

إذا انتهت مدة الخيار المشروطة فى العقد دون أن يحصل ممن شرط له الخيار رد ولا إجازة فى أثناء المدة فقد[2] سقط الخيار لأنه مؤقت بمدة معلومة والمؤقت إلى غاية ينتهى عند وجود هذه الغاية .

ولكن هل يلزم البيع بانتهاء المدة المضروبة فى العقد ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك إلى مذهبين :

المذهب الأول : لجمهور الفقهاء ومنهم : الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية[3] ، أنه إذا انتهت المدة المشروطة للخيار

---

(١) راجع محاضرات فى خيارات البيع ص ٧٠ ، وراجع بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٧٢ ، الخرشى جـ ٥ ص ١٢١ ، ١٢٢ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٩ ، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٢٩ .

(٣) البدائع جـ ٥ ص ٢٦٧ الشرح الكبير المقدسى جـ ٤ ص ٦٩ ، المحلى جـ ٨ ص ٤١٠ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٥٠ ، الخلاف فى الفقه المجلد الأول ص ٥١٣ ، المجموع جـ ٩ ص ١٩٥ مطبعة التضامن الأخوى بمصر .

ولم يقع ممن شرط له الخيار إجازة ولا رد في أثناء المدة انتهى الخيار ولزم العقد، بمعنى أن ينتقل المبيع إلى ملكية المشترى والثمن يدخل في ملك البائع.

المذهب الثاني: وبه قال المالكية، وهو أنه إذا انتهت مدة خيار الشرط ولم يفسخ أحدهما العقد بطل الخيار ولزم المبيع من هو بيده، فإن كان الثمن بيد البائع والمبيع بيد المشترى استحق كل منهما ما بيده، وإذا كان الثمن في يد المشترى والمبيع في يد البائع لزم كل منهما ما بيده[1].

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يلى:

١ — أن ثبوت الخيار حكم مؤقت بوقت معلوم فيفوت بفوات وقته قياسا على سائر المؤقتات[2].

٢ — أن المبيع يقتضى أن يكون الأصل فيه اللزوم، وقد تخلف هذا الأصل بالشرط، فإذا ما انقضت المدة المشروطة ثبت الأصل، لارتفاع المانع[3].

دليل مذهب المالكية:

وأما المالكية فيرون أن مدة الخيار إنما ضربت لحق من له الخيار، لا لحق من عليه، فلا يلزم العقد بانتهاء تلك المدة، بل يجبر على الاختيار، اعتباراً بالأجل في الإيلاء، فإنه لا يلزم المولى حكمه بانتهاء الأجل، بل يخير بعده بين الطلاق والرجوع.

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٩٥.
(٢) المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٩٥.
(٣) المجموع ج ٩ ص ١٩٥.

ويرد على هـذا : بأنه قياس على مختلف فيه ، فلا يصح ، فليس حكم الأصل متفقا عليه .

ومع هذا فالراجح هو مذهب المالكية ؛ لأنه من المسلم به أن المتعاقدين لم يدخلا على لزوم العقد وإنما دخلا على أن يختار من له الخيار ، وانقضاء مدة الخيار دون اختيار لا يدل بذاته على لزوم العقد أو فسخه ، ومن ثم فيحتاج لزوم العقد إلى أمارة تشهد لأحدهما ، ولا شك أن بقاء المبيع فى يد البائع دون أن يسلمه للمشترى دليل على أنه اختار الفسخ إن كان الخيار له .

أما إن كان الخيار للمشترى فهو دليل أيضا على أنه اختار الفسخ لأنه لم يأخذ المبيع من يد البائع ، فيلزم المبيع من هو بيده ، وهو البائع سواء كان الخيار له أو لغيره .

وكذلك فإن بقاء المبيع فى يد المشترى دون أن يرده للبائع أمارة على أنه اختار الإمضاء فيلزمه المبيع إن كان الخيار له . وكذلك يلزمه المبيع أيضاً إن كان الخيار للبائع لأنه إذا لم يسترده فى مدة الخيار من المشترى ، فهذا أمارة على أنه اختار الإمضاء فيلزم المبيع المشترى .

وإذا كان الأمر كذلك فقد لزم المبيع من هو بيده على كل حال وهذا هو الراجح .

رابعاً : موت من شرط له الخيار :

إذا مات من شرط له الخيار فى مدته، فهل ينقطع خياره بالموت أو يبقى ويخلفه وارثه ؟

اختلفت كلمة الفقهاء فى هذا على مذهبين :

الأول : مذهب المالكية والشافعية[1] : وهو أن شرط الخيار العاقد لا يسقط بموته بل يخلف الميت وارثه فى ذلك ، فإن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه لأن الموت لا يسقط به الخيار ولا يلزم به العقد .

الثانى : مذهب الحنفية والحنابلة والزيدية[2] : وهو أن الخيار يسقط بموت من هو له ، فإذا مات من شرط له الخيار فقد لزم العقد بموته بائعاً كان أو مشتريا ، فإن كان الخيار لهما معاً ومات أحدهما فقد لزم العقد فى حقه وبقى الآخر على خياره .

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقد استدلوا منه بظواهر آيات المواريث ، وذلك أن الله تعالى بين فيها أن الإرث فيما تركه المورث مطلقا ، والخيار متروك فيجرى فيه الإرث .

وأما السنة : فنها حديث : (من ترك مالا أو حقا فلورثته)[3] والخيار حق تركه فيكون لورثته .

وأما المعقول : فهو أن الخيار حق مالى فيورث قياسا على سائر الحقوق المالية .

أدلة المذهب الثانى:

واستدل أصحاب المذهب الثانى بقولهم :

---

(١) حاشية الخرشى : جـ ٤ ص ٢٨ ، المهذب : جـ ١ ص ٢٥٧ .

(٢) البدائع : جـ ٥ ص ٢٦٨ ، الزيلعى : جـ ٤ ص ١٩ ، كشاف القناع : جـ ٣ ص ٢١٠ ، شرح النيل وشفاء العليل : ج ٤ ص ٥٥٣ .

(٣) تلخيص الحبير : ج ٣ ص ٤٨ ، صحيح مسلم : ج ٢ ص ٣ .

أولا : إن الخيار حق شخصى ، لأنه إرادة ومشيئة فلا يحل الانتقال من الميت إلى غيره فلا يورث كالنكاح[١] .

ويرد على هذا : بأن الخيار صفة للعقد ، وهو عقد مالى فيكون الخيار حقا ماليا ، ثم إن الخيار ثبت لإصلاح المال ، فيكون ماليا[٢] .

ثانيا : أن الخيار لو ثبت للوارث، فإما أن يكون ثبوته ابتداء أو بطريق الإرث .

أما الأول : فلا سبيل إليه ؛ لأن الإرث ابتداء لا يحصل من الوارث إلا بشرط ، وإثبات الإرث له من غير شرط الخيار من الوارث خلاف الحقيقة .

وأما الثانى : فلا سبيل إليه أيضاً ؛ لأن الوارث يرث ما يتبقى من التركة بعد موت المورث ، وخياره لا يبقى بعد موته ؛ لأن خياره ليس إلا مشيئة وإرادة تخيره بين الفسخ والإجازة ولا يتصور منه بعد موته ، وبما أنه ليس إلا مشيئة وإرادة فهو صفة الميت لا تنتقل عنه كسائر صفاته فصار كخيار المجلس عند الشافعية .

بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما ، فكذا الوارث؛ لأنه ورث هـذا الخيار ؛ وهذا لأنه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث أن يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه ، فيثبت له الخيار فيما تعيب فى يد البائع بعد موت المورث ، وإن لم يثبت للمورث .

وهذا مردود عليه بما سبق من أنه ليس إرادة وصفة للمورث بل صفة للعقد ومتعلق العقد حق مالى فيورث .

---

(١) المبسوط : ج ١٣ ص ٤٣ ، الأصل : جـ ٦ ص ٢٨ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢١١ .

ثالثاً : قالوا : إن النص أثبت خيار الشرط للعاقد وحده ، والوارث غيره فلو أثبتموه للوارث لأثبتموه لمن لم يرض به العاقد طرفا فى العقد .

ويرد على هذا : بأن النص أثبته للعاقد ، والوارث يقوم مقامه إذا مات كما يقوم الولى مقام العاقد إذا جن باتفاق ومع أن الولى غير العاقد لكنه قام مقامه وهنا كذلك .

الترجيح :

وإذا ثبت أن الأصل فى الأموال والحقوق أن تورث إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق المال فيكون الراجح هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية ؛ لأنه لم يقم دليل على أن الحقوق لا تورث ولأن فى ثبوت الخيار مصلحة للوارث والمورث ، فإن الضرر والغبن يندفع به .

وعلى هذا ، فإن مات من شرط له الخيار بقى الخيار وقام الوارث مقام المورث ، فإن كان الوارث واحداً أو أكثر ، واتفقوا على الفسخ أو على الإجازة ، فالأمر ظاهر ، وإن تعدد الورثة واختار بعضهم إمضاء عقد مورثهم واختار الآخرون الفسخ فالمعتمد عند القائلين بتوريث خيار الشرط[1] أنه يغلب جانب الفسخ ؛ لأن فى تبعيضه ضرراً بالعاقد الآخر لما فى هذا من تبعيض الصفقة عليه .

والخيار ينتقل إلى المورث بطريق الميراث فيقوم الوارث مقام المورث فيما ثبت له من الخيار فإذا مات العاقد الذى شرط له الخيار بعد مضى بعض المدة خلفه الوارث فيما بقى من مدة الخيار ، إذا علم بالموت قبل انقضاء المدة ، أما إذا لم يعلم بموت مورثه[2] إلا بعد انقضاء مدة الخيار ، فهل يبقى الخيار

---

(١) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٩١ ، الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ١٠٣ .

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٢٢ .

لأن الوارث معذور بسبب عدم علمه بموت مورثه أو ينتهى الخيار ويلزم العقد بمجرد انقضاء المدة لأن الخيار يثبت بالشرط فثبوته بعد المدة فيه تخالف للمشروط عن شرطه ، فيه ؟ وجهان للشافعية[١] .

فإن تعدد الورثة وعلم بعضهم ولم يعلم البعض الآخر ، ثبت الخيار لمن علم فإن فسخ العقد انفسخ ، وإن أجاز توقف أمر العقد إلى أن يعلم الآخرون ، فإن علموا فى أثناء مدة الخيار ووافقوا على الإجازة انتهى الخيار ولزم العقد بالنسبة لهم . وإن رد بعضهم انفسخ العقد فى حق الجميع على المعتمد دفعاً للضرر كما تقدم .

وإذا انقضت مدة الخيار من غير أن يعلم الباقون بالموت ففيه ما تقدم من الخلاف .

رابعاً : جنون من له الخيار :

اختلف الفقهاء فيما إذا جن من له الخيار ففى انتهاء الخيار بجنونه خلاف ؛ فذهب الشافعية والمالكية والحنابلة: إلى أن الجنون لا يسقط الخيار[٢].

وذهب الحنفية إلى أن الخيار يسقط بجنون من له الخيار إذا اتصل بالموت[٣] .

استدل الشافعية ومن وافقهم بأن القول : بسقوط الخيار بالجنون فيه إضرار بالعاقد الذى جن لأن المصلحة قد تكون فى بقاء الخيار والضرر منهى عنه .

---

(١) راجع المجموع جـ ٩ ص ٢٢٣ .

(٢) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٠٣ ، المجموع جـ ٩ ص ٢٢١ وما بعدها ، المغنى : جـ ٣ ص ٥٦٦ .

(٣) المسألة خلافية عند الأحناف ، والأصح القول : بسقوط الخيار كما قال شمس الأئمة الحلوانى . راجع التحفة للسمرقندى : ص ٤٩ .

واستدل الحنفية[1] بأن الخيار مؤقت ، فلا يبقى بعد مضى وقته ، فإذا استمر الجنون حتى انقضت المدة انتهى الخيار بانتهاء وقته ولزم العقد .

ويرد على هذا : بأننا لا نقول ببقاء الخيار بعد انقضاء مدته ، وإنما نقول بانتقاله لمن يكون وليا على المجنون أو إلى الحاكم فى المدة المتبقية من زمن الخيار .

والراجح : أن الخيار يظل باقيا ولا يسقط بالجنون ؛ لأن مال المجنون باق على ملكه وحقوق العقد ترجع إليه ، وفى بقاء الخيار مصلحة له .

ولكن على القول : بأن الخيار لا يسقط بالجنون ، فهل ينتقل إلى ولى المجنون طال الجنون أو قصر أم لا ؟

فيه خلاف بين الفقهاء على مذهبين :

الأول : وهو مذهب الشافعية والحنابلة : أنه إذا جن العاقد انتقل الخيار إلى الولى فيقوم الولى مقامه[2] .

والثانى : وهو مذهب المالكية : أنه إذا تيقن من أن هذا الجنون يطول بعد مدة الخيار بزمن يتضرر بمثلها العاقد الآخر عادة ، فعلى السلطان أن ينظر فى الأصلح للمجنون ، وإن علم أن الجنون يزول فى مدة الخيار أو بعدها بزمن يسير لا يتضرر بمثله عادة انتظرت إفاقته .

دليل الشافعية ومن وافقهم :

استدل أصحاب المذهب الأول ، بأن إقامة الولى مقام المجنون فيه مراعاة لمصلحة كل من العاقدين ورعاية المصلحة واجبة بقدر الإمكان .

---

(١) المبسوط جـ ١٣ ص ٤٥ .

(٢) المجموع جـ ٩ ص ١٢٥ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٩٦ .

واستدل المالكية ، بأن الخيار حق شخصى للعاقد فلا ينتقل إلى غيره ولياً كان أو غير ولى ما دامت إفاقته متوقعة .

ويرد عليه : بأن هذا يؤدى إلى إثبات الخيار فى غير الزمن الذى شرط فيه ، وتجاوز الوقت المحدد للخيار لا يجوز .

وعلى هذا ، فالراجح ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم لما فى هذا القول من جلب المصلحة ودفع المضرة عن العاقدين ، ومن ثم فإنه إذا جن من له الخيار فى العقد انتقل إلى وليه ليقوم مقامه تحقيقاً لرعاية المصلحة ما أمكن ؛ لأنه يفعل ما فيه الأحظ بالنسبة لمن طرأ عليه الجنون .

خامساً : زيادة المبيع فى زمن الخيار :

إذا زاد المبيع فى زمن الخيار ، فمن يكون أحق بها من المتعاقدين ، وهل يسقط بها خيار الشرط أو لا ؟

فى هذه المسألة تفصيل بين الفقهاء نذكره فيما يلى :

أولا : إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة عن المبيع ولا هى بدل عن جزء فائت وما فى معناه ، فإن هذه الزيادة لا يسقط بها الخيار باتفاق الفقهاء . ومثال تلك الزيادة : الكسب .

ولكنهم اختلفوا بالنسبة لمن يملك هذه الزيادة ، على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : أن هذه الزيادة تكون للمشترى مطلقاً سواء تم العقد أو فسخ وهو مذهب[1] الحنابلة والصاحبين من الحنفية ووافقهم أبو حنيفة إذا تم البيع أما إن فسخ فالزيادة تكون للبائع .

المذهب الثانى : أن هذه الزيادة مترددة بين البائع والمشترى ، فهى تارة تكون للبائع وتارة أخرى تكون للمشترى وذلك بالنظر إلى العقد ، فمن

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٣ ص ٥٧٢ ، البدائع جـ ٧ ص ٣٢٠٩ .

قال : إن الملك فى البيع موقوف أو الملك للمشترى ، فالزيادة للمشترى ، وإن قلنا : إن الملك فى البيع فى مدة الخيار للبائع فوجهان : أصحهما : أن الزيادة تكون للبائع ، والثانى تكون للمشترى .

هذا إذا تم البيع ، أما إذا فسخ البيع ، فعلى القول : بأن الملك فى المبيع زمن الخيار للبائع فالزيادة للبائع ، وعلى القول : بأن الملك للمشترى ، فوجهان : أصحهما : أن الزيادة تكون للمشترى والثانى للبائع ، وهذا التفصيل لفقهاء الشافعية[1] .

المذهب الثالث : أن الزيادة هذه تكون للبائع سواء تم البيع أو لا . وهذا عند المالكية[2] .

دليل المذهب الأول :

استدل الحنابلة على مذهبهم بقوله ﷺ : « الخراج بالضمان »[3] .

ووجه الدلالة من الحديث : أن المبيع قد دخل فى ضمان المشترى بالعقد الصحيح فيكون الخراج له .

ويرد عليه : أن هذا مسلم لو كان العقد لازماً ، ولكن العقد الذى فيه خيار الشرط وإن كان صحيحاً إلا أنه غير لازم فيبقى المبيع فى ملك البائع ؛ لأنه لا ينتقل إلا بالرضا والخيار ينافيه .

والجواب عن هذا : أن الأصل أن يقع السبب وقوع المسبب والعقد سبب فى الملك ومقتضى هذا أنه إذا وقع العقد صحيحاً ترتب عليه أثره وهو ثبوت الملك وإلا تخلف المسبب عن سببه .

---

(١) المجموع جـ ٩ ص ٢٣١ .
(٢) الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٠٣ .
(٣) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ ص ٢١٢ .

واستدل أبو حنيفة على قوله : بأن الزيادة تكون للبائع إذا لم يتم البيع[1] ، بأنه إذا انفسخ البيع يتبين بأنه لم يدخل فى ملك المشترى ، وإذاً يكون الفسخ قد أعاد المبيع إلى ملك البائع .

ويرد عليه : بأن هذا القول مبناه على أن حكم العقد موقوف ، وهذا غير صحيح لما قلناه سابقاً : من أنه متى وقع العقد صحيحاً ترتب عليه أثره فوراً .

دليل المالكية :

واستدل المالكية : بأن زوائد المبيع فى زمن الخيار ملك للبائع حتى لو انفسخ العقد بأن البيع منحل زمن الخيار ولا يترتب عليه أثره ؛ لأن الأثر مترتب على الرضا ومع ثبوت الخيار يتوافر ركن الرضا التام فى العقد وإذا كان الأمر كذلك ، فيكون المبيع باقياً على ملك بائعه ، ولم يخرج عنه إلى المشترى .

ويرد عليه : أنه لو كان الأمر كما ذكرتم لوجب على العاقدين استئناف العقد من جديد عند ما يختار كل منهما لزوم العقد ، ولم يقل المالكية ولا أحد غيرهم ممن يرون جواز خيار الشرط بالاستئناف .

دليل الشافعية :

واستدل الشافعية : بأنه لو تم العقد ، وقلنا : الملك للمشترى كانت الزيادة للمشترى ؛ لأنها حدثت على ملكه ، وإن قلنا : الملك للبائع كانت له فى الأصح لحدوثها على ملكه ، وفى وجه آخر تكون الزيادة للمشترى ؛ لأن سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة ، فلم يجعل لها حكم وكانت الزيادة تابعة للمبيع ، فيكون لمن استقر الملك له .

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٣٠٩ .

وإن فسخ العقد وقلنا : الملك للبائع أو موقوف كانت الزيادة للبائع ؛ لأنها حصلت على ملكه ؛ ولهذا كانت المشترى على الأصح إن قلنا : إن الملك له ، وفى وجه آخر تكون للبائع تبعاً للأصل[١] .

ويرد عليه : بأن هذا مبنى على الملكية زمن الخيار ولمن تكون ؟ وقد بينا من قبل أن الملكية تنتقل بالعقد الصحيح من البائع إلى المشترى ، فتكون الزيادة الحاصلة زمن الخيار ملك للمشترى ، وهو الراجح .

ثانياً : الزيادة المنفصلة التى هى بدل عن جزء فائت كالأرش ، أو بدل ما هو فى معنى الجزء الفائت كالعقر[٢] ، وهل يسقط بها الخيار أو لا ؟

اختلاف الفقهاء فى ذلك :

فذهب الجمهور من الفقهاء : إلى أن هذه الزيادة يسقط بها الخيار ، ومنهم : المالكية والشافعية والحنابلة ووافقهم محمد بن الحسن من الحنفية فى الزيادة المتصلة المتولدة عن المبيع .

وذهب الشيخان من الحنفية : إلى أن هذه الزيادة يسقط بها الخيار ، ووافقهما محمد فيما سوى الزيادة المتصلة المتولدة من المبيع .

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه : بأن المعنى الذى من أجله شرع الخيار باق بعد الزيادة فيبقى الخيار بعدها كما يثبت قبلها لوجود مقتضاه .

واستدل من ذهب إلى سقوط الخيار : بأنه شرع للتمكن من الفسخ ، وذلك إنما يكون عند احتمال رد المبيع والزيادة يمتنع معها الرد ، فيمتنع الفسخ فيخلو الخيار عن الفائدة فلا يبقى[٣] .

ويرد عليه : بأن رد المبيع مع الزيادة لا يمتنع ، وإن سلم أن الزيادة تمنع

---

(١) راجع نظرية الفسخ ص ٤١٠ .
(٢) العقر : ما يجب للمرأة مقابل ملامستها .
(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٠٧ .

رد الأصل فإن الزيادة تقوم مقام الأصل فى الرد ، فيكون الراجح هو بقاء الخيار لعدم منافاة الزيادة له .

أما لمن تكون هذه الزيادة ؟

ذهب الحنابلة إلى أن الزيادة تكون للمشترى مطلقاً ، وذهب المالكية[1] إلى أنها تكون للبائع ماعدا الولد والصوف ، فإنه يكون للمشترى إن أمضى البائع العقد . وقالوا : إنه ليس بغلة ولكنه كالجزء من المبيع . وكذلك الثمرة المؤبرة إن شرطها المشترى ، وذهب الشافعية إلى التفصيل السابق فى الزيادة المنفصلة التى لم تتولد من المبيع على التفصيل عندهم فى الحمل .

وحاصله : أنه إن حدث الحمل وانفصل فى مدة الخيار فهو كالكسب — وقد تقدم حكمه — وإن كان الحمل موجوداً وقت العقد وتم انفصاله فى مدة الخيار ، فقولان :

أظهرهما : أنه إن تم البيع كان للمشترى ، وإن فسخ كان للبائع .

الثانى : أنه كالكسب ، ووجه الأول أن الحمل له حكم فيأخذ قسطاً من الثمن كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم فيكون الحمل مع أمه كعينين بيعا معاً ، ووجه الثانى أن الحمل لا حكم له فلا يقابله قسط من الثمن[2] ، والأدلة تعلم عما سبق .

وما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح .

ثانياً : الزيادة المتصلة بالمبيع المتولدة عنه ، كالجمال والشفاء من مرض ، ونحو هذا ، فهى غير مسقطة للخيار أيضاً .

ثالثاً : أما الزيادة التى حصلت فى المبيع بسبب فعل من العاقد الذى شرط له الخيار كالبناء والزرع ، فهذه حكمها حكم دلالة الفعل على الفسخ أو

---

(١) الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٠٤ .
(٢) المجموع جـ ٩ ص ٢٣٢ .

الإجازة ، فإن كانت من البائع كانت بمثابة الفسخ ، وإن كانت من المشترى كانت إجازة للعقد إذا كان الذى فعل ذلك شرط له الخيار فى العقد .

سادساً : نقصان المبيع :

أما نقصان المبيع زمن الخيار ، وهل يسقط الخيار أو لا ؟

ففيه تفصيل فى المذاهب الفقهية نستعرضه فيما يلى :

مذهب الحنفيـــة :

ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان المبيع فى يد المشترى زمن الخيار وحدث به عيب لا يرتفع كقطع يد الحيوان ، ونحو ذلك وكان الخيار له سقط الخيار ولزم البيع سواء تعيب الحيوان بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو البائع أو أجنبى .

وخالف محمد بن الحسن فيما إذا كان العيب قد حصل بفعل البائع ، فقال : إن كان قد حصل بفعل البائع فالخيار للمشترى ، فإما أن يرد المبيع وإما أن يختار إمضائه وأخذ قيمة النقصان من البائع .

ويمكن توجيه رأى الحنفية بأن بقاء مدة الخيار يسمح بإمكان الرد ، وبالتعيب يتعذر معه الرد ، وذلك لفوات شرطه ، وهو أن يكون المبيع بالحالة التى كان عليها عند العقد والقبض ، ومادام قد امتنع الرد فيلزم العقد وينتهى الخيار .

وأما رأى محمد بن الحسن : فتوجيهه أن بقاء الخيار للمشترى إذا ما تعيب بفعل البائع ؛ فذلك لأن البائع قد يكون قصده من هذا التعييب إلزام المشترى بالبيع ، فيعامل بنقيض قصده فيظل خيار المشترى قائماً . هـذا إذا كان المبيع فى زمن الخيار بيد المشترى والخيار له .

أما إذا كان الخيار للبائع والمبيع فى يده ، وحصل له عيب بآفة سماوية

أو بفعل المبيع فالخيار دائم لا ينقطع بحدوث ذلك العيب ويكون بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه ؛ لأن العيب الذى حدث لم يكن بفعله بل بفعل غيره ، ومن ثم فلا يكون مضمونا عليه ، ولا يترتب عليه سقوط شيء من الثمن بمقدار حصة ما نقص منه بالعيب .

فإن أجاز البائع فلا يلزم البيع بالنسبة للمشترى بل يكون المشترى بالخيار بين الإجازة والرد فإن أجاز أخذ المبيع بجميع الثمن ، وإن ترك المبيع فلأنه قد تعيب قبل القبض .

وإن كان التعيب بفعل من البائع بطل البيع ؛ لأن ماحدث من عيب كان بفعله فيكون مضمونا عليه وبالتالى يترتب عليه سقوط ما يقابله من الثمن فلاتصح الإجازة فى هذه الحالة ؛ لأن فى الإجازة تفريق الصفقة على المشترى قبل تمام العقد وهذا لا يجوز .

أما إذا كان حدوث العيب بفعل أجنبى فالعقد صحيح ، والبائع على خياره ؛ لأن قدر النقصان هلك وله بدل ، وهو قائم معنى ، فلا يبطل البيع فى القدر الهالك ، فيكون الخيار للبائع ويكون بخير النظرين إن شاء فسخ البيع وألزم الجانى بقيمة النقصان ، وإن شاء أجازه وأتبع المشترى بالثمن ، وللمشترى قيمة النقصان من الجانى .

وهذا هو الحكم أيضا فيما لو تعيب المبيع بفعل المشترى ، فإن البائع يكون على خياره ؛ لأن المبيع على ملك البائع ، فالنقصان على المشترى بسبب فعله ، ومن ثم فإن الجزء التالف فائتا إلى خلف فكان المبيع قائما حكما ، فيكون الخيار للبائع ، فإن شاء رد البيع وطالب المشترى بقيمة النقصان ، وإن شاء أجازه ورجع عليه بالثمن .

وإذا كان المبيع قد تعيب فى يد المشترى بفعله أو فعل أجنبى ، أو بآفة سماوية فالبائع على خياره ، فله أن يمضى العقد وله أن يفسخه ، فإن

أمضاه أخذ من المشترى جميع الثمن إلا إذا كان التعيب بفعل أجنبي للمشترى أن يتبع الجانى بقيمة ما نقص من المبيع .

وإن فسخ رجع على المشترى بقدر ما أنقصه العيب من الثمن إن كان بفعل المشترى ، أو كان بآفة سماوية ، وإن كان بفعل أجنبي فله الخيار في أن يرجع على الجانى بقيمة النقص ، أو يرجع على المشترى ، والمشترى يرجع بما ضمن على الأجنبي[1] .

مذهب المالكية :

وقال المالكية : إذا كان البائع له خيار الشرط ، وتعمد إحداث عيب بالمبيع فهذا منه رد للبيع فإن كان العيب الذى وقع منه على المبيع خطأ فخياره قائم ، فإن أجاز البيع فللمشترى خيار العيب .

فإن كان المشترى هو الذى أحدث العيب بالمبيع ، فالبائع على خياره ، فإن شاء رد البيع وأخذ من المشترى قيمة النقصان ، وإن شاء أمضاه وأخذ منه جميع الثمن .

أما إذا كان الخيار للمشترى والبائع هو الذى عيب المبيع ، فإما أن يكون عمداً أو خطأ ، فإن تعمد ذلك ، فالمشترى على خياره ، فإن أجاز البيع فعليه الثمن ، وله قيمة النقصان على البائع يستوفيه من الثمن .

وإن كان العيب الذى أحدثه به خطأ فهو على خياره أيضا ، فإن شاء أخذه بجميع الثمن ولا شيء له وإن شاء رده .

أما إذا كان المشترى هو الذى عيبه بفعله عمداً ، فذلك منه رضا بالمبيع ، وبه يلزم العقد ، وعليه الثمن ، وإن كان خطأ منه ، فهو على خياره ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده مع ما نقص بالتعيب ،

---

(١) راجع فتح القدير ج ٥ ص ١١٧ ، والبدائع ج ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ومحاضرات في خيارات البيع ص ٧٠ وما بعدها .

وإذا كان التعيب بآفة سماوية ، أو بفعل المبيع بقى صاحب الخيار على خياره بائعا كان أو مشتريا ، وكذلك إذا كان التعيب بفعل أجنبى غير أنه إذا كان الخيار للبائع وحده ، وأجاز البيع فالمشترى بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده ، لما حدث فيه من عيب ، وضمان الجناية على أى حال يكون للبائع ؛ لأن المبيع لم يخرج عن ملكه[1] .

ويتضح من هذا العرض لمذهب كل من الحنفية والمالكية : أن مسلك المالكية هو نفس مسلك الحنفية ، ولا يكاد يكون بينهما اختلاف إلا فى صورتين :

الصورة الأولى : أنه إذا كان التعيب فى المبيع بآفة سماوية أو بفعل المبيع فى يد المشترى ، والخيار له فعند المالكية لا يسقط خيار المشترى بهذا خلافا للحنفية .

والصورة الثانية : أنه إذا تعيب المبيع بفعل من له الخيار من المتبايعين خطأ فعند المالكية أن العيب الذى وقع خطأ من أى من المتعاقدين لا يسقط الخيار خلافا للحنفية فإنهم لا يفرقون بين الخطأ والعمد .

وبعد أن أوضحنا نظرة كل من المالكية والحنفية فلا يسع الناظر المنصف إلا أن يحكم بعدالة ما ذهب إليه المالكية فإن نظرتهم فيها عدل وإنصاف إذ أنه من المسلم به عقلا أنه كيف يلزم المشترى بالبيع إذا كان له الخيار وتعيب فى يده بآفة سماوية أو بفعله خطأ كما ذهب إليه الحنفية ولم يوجد منه ما يدل على الرضا بلزوم العقد .

وما قاله الحنفية من تعذر رد المبيع إذا تعيب غير مسلم ، فإن الضمان يقوم مقام الجزء الفائت وإذا كان الأمر كذلك ، فإن المبيع يكون بكل أجزائه باقيا حكما ، فلا يكون الرد متعذراً لا فى هذه الصورة ولا فى غيرها .

---

(١) راجع الخرشى : ج ٥ ص ١٢٠ وما بعدها ، والمدونة الكبرى ج ١٠ ص ١٧ ، ١٨ ، محاضرات فى خيارات البيع ص ٧٠ وما بعدها .

وبالمثل فإن البائع إذا حدث منه تعيب المبيع خطأ ، فإن خياره لا يسقط إذ أنه لم يوجد منه ما يدل على الرد ولا على الإجازة فلا يسقط خياره أيضا .

ثم إن قول الحنفية ببطلان البيع بناء على أن فى الإجازة تفريق للصفقة على المشترى لا يقتضى بطلان البيع ، بل يقتضى ثبوت الخيار للمشترى منعا للحوق الضرر به حيث تغير المبيع عن حالته التى اشتراها عليها ، كمن اشترى عينا وقبل أن يقبضها حدث بها عيب ، فإن العقد يكون صحيحا ، ويثبت الخيار له بسبب هذا العيب الحادث . فيكون رأى المالكية هو الراجح . والله أعلم .

الفصل الثانى

فى خيار العيب

نتناول فى هذا الفصل أهم المسائل المتعلقة بخيار العيب فى المباحث التالية:

المبحث الأول : فى معنى خيار العيب وثبوت الخيار به وأدلة ذلك .

المبحث الثانى : فى ضوابط العيوب المثبت للخيار .

المبحث الثالث : فى الشروط المثبتة لخيار العيب .

المبحث الرابع : فى وقت خيار العيب .

المبحث الخامس : فى العقود التى يدخلها خيار العيب .

المبحث السادس : فى الأمور التى ينتهى بها خيار العيوب .

وإليك البيان وبالله التوفيق :

المبحث الأول

في معنى خيار العيب وثبوت الخيار به ودليل ثبوته

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في بيان معنى العيب .

المطلب الثاني : في ثبوت الخيار به .

المطلب الثالث : دليل ثبوت خيار العيب .

المطلب الأول

فى بيان معنى العيب

العيب معناه فى اللغة : الوصمة كالمعاب والمعابة ، يقال : عاب يعيب من باب سار فهو عائب ، ويقال : عابه صاحبه فهو معيب ، ويتعدى ولا يتعدى أى أنه يكون لازماً أو متعدياً ، والفاعل أى اسم الفاعل منه عائب وعياب ، مبالغة فى نسبته إلى العيب ، واستعمل العيب اسماً وجمع على عيوب[1] ، والعيب والعيبة والعاب كلها بمعنى ، وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد نقصاً .

ومعناه عند الفقهاء أخص من معناه اللغوى ، وذلك أن الفقهاء يطلقون العيوب ويخصون به النقص الذى جرت العادة بالسلامة منه مما يوجب نقصاً فى القيمة عند أهل الخبرة كالمرض فى الدابة والسوس فى الغلة ، أو نقصاناً فى العين بحيث يفوت به غرض صحيح وإن لم تنقص به القيمة كالقطع الذى يكون فى أذن الشاة المشتراة للضحية ، أو يخشى منه فى العاقبة كجذام أحد الأبوين[2] .

والمتتبع لكلام الفقهاء فى خيار العيب يمكنه أن يتبين معنى هذا الخيار ، وأنهم عبروا عن هذا المعنى بأنه عبارة عن حق يثبت للعاقد بمقتضاه عند اطلاعه على عيب يجهله بالمعقود عليه ، ولاية فسخ العقد أو إمضائه .

فيكون المتملك بخير النظرين من إمضاء العقد أو رده متى ظهر له عيب

---

(١) القاموس المحيط مادة « عيب » .

(٢) راجع محاضرات فى الخيارات فى البيع ص ٢٥ .

فى محل العقد . والسبب فى هـذا هو العيب ، فالعيب سبب ، والخيار مسبب ، وإضافة الخيار إلى العيب من إضافة الشىء إلى سببه ، أو الحكم إلى علته .

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت هذا الخيار فى الجملة ، واستندوا فى هذا إلى للنقل والعقل :

أما الأدلة النقلية فكثيرة نختار منها ما يلى :

١ — ما روى : « أن رجلا ابتاع غلاماً ، فاستغله ، ثم وجد به عيباً فرده بالعيب ، فقال البائع : غلة عبدى ، فقال النبى ﷺ ، الغلة بالضمان » . رواه أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجه ، وصححه الترمذى ، وابن حبان وابن الجارود والحاكم وابن القطان[١] .

ووجه الدلالة من الحديث : أن المشترى قد رد المبيع عندما ظهر به عيب ، وقد أقره الرسول ﷺ على هذا ، فدل على أن الرد بالعيب جائز ، وهو معنى ثبوت الخيار .

وإلى جانب هذا أحاديث كثيرة وردت فى النهى عن الغش ، وإلزام المتعاقدين بالأمانة ، وتحرى الصدق فى المعاملات ، حتى يكون كل منهما على بينة من أمر العوض الذى يصير إليه ، ضماناً لاستقرار المعاملات وقطع الخصومات بين الناس ، ومنها :

٢ — ما رواه عقبة بن عامر — رضى الله عنه — قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه »[٢] . . وذلك لأن المبتاع إنما يقصد

---

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٣ .
(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٢١٢ .

بالشراء السالم ؛ لأنه الذى تندفع به حاجته على التمام . فإن كان به عيب فالواجب عليه أن يبينه للمشترى ، وإلا كان آثماً بكتمانه ، وعدم إظهاره .

٣ — ما رواه أبو السباع قال : « اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنى عقبة بن عامر ، فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ إنها لسمينة ظاهرة الصحة ، فقال : أردت بها سفراً أم أردت لحماً ؟ قلت : أردت عليها الحج . قال : إن بخفها نقباً[1] . قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد إلى هذا ؟ تفسد على ؟ قال : إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه »[2] . أخرجه الحاكم فى المستدرك من طريق أبى سباع المذكور وقال : هذا حديث صحيح الإسناد .

٤ — ومن ذلك ما رواه مسلم ، وأبو داود ، والترمذى ، وابن ماجه ، وأحمد عن أبى هريرة — رضى الله تعالى عنه : أن النبى ﷺ مر برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » . وفى رواية عنه : أن رسول الله ﷺ ، مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا ، فقال : « ما هـذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته السماء يا رسول الله . قال : أفلا جعلته فوق الطعام كى يراه الناس ؟ من غش فليس منا »[3] .

---

(١) يقال : نقب البعير — بالكسر — إذا رقت أخفافه (لسان العرب ج ٦ ص ٢٧٦٥ .

(٢) المجموع ج ١٢ ص ١٠٦ .

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٢ ، صحيح مسلم بشرح النووى ج ٢ ص ١٠٩ كتاب الإيمان .

وهذا ظاهر الدلالة على وجوب تبيين العيب وتحريم كتمانه وأن صاحب المبتاع إذا لم يبينه وجب على من علمه أن يبينه وإلا كان آثماً .

وأما ما استدلوا به من المعقول : فلأن سلامة المعقود عليه من العيوب أمر يقصده العاقد عادة فى عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات ؛ لأن المقصود منها نقل ملكية العين ، أو المنفعة ولا يكمل هذا إلا بسلامة المعقود عليه من العيوب .

فإذا وجد بالمبيع عيب ، فذلك يقتضى ثبوت الخيار له عند فقده ؛ لأن رضا العاقد قد شابته شائبة ، فأثبت له الشارع الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه عـــلى وفق ما يناسب مصلحته ، ويحقق هدفه من غير ضرر ولا ضرار .

المطلب الثانى

فى ثبوت الخيار به

لا نريد بهذا أن نتتبع العيوب التى يثبت بها الخيار ، والتى لا يثبت بها ذلك ، فهذا أمر غير مقدور عليه لأنه فوق الطاقة ولم يوجد على حد علمى من قام بهذا الأمر من الباحثين ، وكل ما توصلوا إليه أنهم وضعوا ضوابط لتقريب هذا الأمر من خلال ما ورد فى كتب الفقه بخصوص العيوب المثبتة للخيار من غيرها .

والضابط الذى يمكن بمقتضاه أن نميز به بين العيب الذى يثبت به الخيار وغيره هو أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه إذا كانت العادة قد جرت بالسلامة من العيب الذى وجد بالمبيع ، وكان العيب ينقص عين المبيع ومنفعته نقصاً يفوت به غرض صحيح ، أو كان ينقص القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله ، فإن مثل هذا العيب يثبت به الخيار فى رد المبيع ، وفسخ البيع ، ومن أمثلة هذا : العمى والخرس والصمم والعرج .

واتفقوا أيضاً على أنه إذا غلب وجود مثل العيب فى جنس المبيع وكان العيب يسير الشأن فيه ، وأنه لا ينقص العين ولا المنفعة ولا الثمن وأمنت عاقبته ، فإن وجود مثل هذا العيب لا يؤثر ولا يثبت بمثله الخيار للمشترى فى رد البيع . ومثال هذا : الثيوبة فى الإماء إذا كانت الأمة فى سن تطيق فيها معاشرة الرجال .

المطلب الثالث

دليل ثبوت خيار العيب

ظهر لنا مما سبق فى معنى خيار العيب أنه يثبت للمتملك الحق فى إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً فى محل العقد المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد . يقول الكاسانى : إن السلامة لما كانت مرغوبة للمشترى ولم تحصل فقد اختل رضاه ، وهذا يوجب الخيار ؛ لأن الرضا شرط صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه[1] .

وقد قامت الأدلة على ثبوت خيار العيب من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما دليل الكتاب : فمنه قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[2] .

ووجه الدلالة من الآية : أنها اشترطت الرضا عند البيع والشراء ، وإذا وجد بالمبيع عيب ولم يثبت به للمشترى خيار الرد فقد ألزمناه بما لا يرضى وهو ما نهت عنه الآية الكريمة فدل ذلك على ثبوت الرد بالعيب إذا لم يرض به .

وأما دليل السنة : فقد بيناه من قبل ونزيد هنا على ما سبق ما روى عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أن النبى ﷺ قال : « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر »[3] .

---

(١) البدائع ج ٥ ص ٣٧٤ .

(٢) سورة النساء آية : ٢٩ .

(٣) راجع تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٢ ، نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٤ — والتصرية : من صرية اللبن فى الضرع إذا جمعته .

ووجه الدلالة : أن النبي ﷺ نهى عن التصرية ، فمن باع إبلا مصراة فقد ألحق بها عيباً يثبت به الخيار للمبتاع فدل ذلك على أن خيار العيب مشروع.

وأما الإجماع : فإنه منعقد من لدن أصحاب رسول ﷺ إلى يومنا هذا على وجوب الرد بالعيب ولا خلاف بين المسلمين فى هذا(١) .

وأما المعقول : فلأن مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب فى المعقود عليه وبهذا جرى العرف والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

ومن المعلوم أن كل عاقل يقدم على بدل ماله فى مقام التعاقد المجرد عن القيد إلا بقصد السلامة حتى أنه إذا افترض أن شخصاً اشترط السلامة فى متن العقد ، فإن شرطه هذا يعتبر توضيحاً للمعنى الذى اقتضاه العقد لا تأسيساً لمعنى جديد . . فكان إطلاق العقد مقتضيا للسلامة فإذا لم يسلم المبيع للمشترى يثبت له الخيار ؛ لأن المشترى يطالبه بتسليم القدر الفائت بالعيب وهو عاجز عن تسليمه ، فيثبت الخيار(٢) .

---

(١) راجع المجموع ج ١٢ ص ١١٧ .
(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٧٤ .

المبحث الثانى

فى ضابط العيب المثبت للخيار

اتفق الفقهاء على أن العيب الذى يثبت به الخيار يرجع فى معرفتة إلى ما تعارف عليه أهل الخبرة فى هذا المقام وهم التجار ، ومع هذا فإن الفقهاء اختلفت أنظارهم فى الضابط الذى يثبت به الخيار ، ويمكن إجمال ذلك فى أربعة مذاهب :

المذهب الأول : أن كل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب ، ويؤخذ من هذا أنه إن كان العيب ينقص قيمة المعقود عليه يثبت به الخيار ، وإلا فلا ، سواء كان ينقص عين المعقود عليه أولا وسواء كان ينقص المنفعة أولا ، وإليه ذهب الحنفية والزيدية والظاهرية[1] .

وهذا الضابط للعيب مبنى على الغالب ، وإلا فهو غير جامع وغير مانع.

أما أنه غير جامع، فلأنه لا يشمل ما لو اشترى ثوبا أو خفا أو قلنسوة[2] فوجد شيئاً من ذلك صغيراً لا يصلح له ، فله الرد لأنه لا يصلح لغرضه ، فهى وإن لم تصلح لغرضه ، فإنها تصلح لغرض غيره فلا ينقص بها الثمن ، فهذا عيب لاينقص الثمن ومع هذا ثبت به للمشترى حق الرد فكان الضابط لهذا غير جامع لأنه خرج منه أحد أفراده .

وأما أنه غير مانع ، فلأنه يدخل مسألة الأمة الثيب الكبيرة ، فإن ذلك ينقص الثمن مع أنه غير عيب فلا يثبت له الخيار فى الرد وليست من بين أفراد المعرف فالضابط غير مانع لأنه شملها .

---

(١) الهداية ج ٣ ص ٣٦ ، فتح القدير : ج ٥ ص ١٥٣ ، البحر الزخار : ج ٤ ص ٣٥٥ ، المحلى . ج ٩ ص ٧١ .

(٢) القلنسوة : ما يلبس فوق الرأس ـ المصباح المنير ص ٦٢٠ .

المذهب الثاني : وإليه ذهب الحنابلة وهو : أن ضابط العيب الذي يرد به المبيع هو ما ذكره بقولهم : « العيب نقص عين المبيع لخصاء ولو لم تنقص به القيمة بل زادت أو نقص قيمته عادة في عرف التجار ولو لم تنقص عينه أو هو على حد تعبير بعضهم : العيب نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا[1] .

وهذا أيضاً غير جامع ؛ لأنه لا يشمل مسألة الثوب والخف والقلنسوة إذا كانت لا تصلح للمشتري لضيقها ، فإنها ترد مع أنه لا يوجد بها ما ينقص قيمتها كما بيناه آنفا ، كما لا يوجد بها ما ينقص عينها .

وغير مانع لأنه يشمل مسألة الأمة الثيب الكبيرة ، فإن ثيوبتها تنقص عينها وتنقص قيمتها ومع ذلك فإنها لا ترد بالثيوبة .

المذهب الثالث : للمالكية ، أما المالكية فقد فصلوا بين ما إذا كان المعقود عليه عقاراً أو غيره ، فإن كان الثاني ثبت الخيار بكل عيب ينقص العين أو التصرف أو القيمة أو خفيت عاقبته سواء كان العيب قليلا أو كثيراً إذا جرت العادة بالسلامة منه .

وإن كان المعقود عليه عقاراً ثبت الخيار بالعيب الكثير كصدع جدار خيف على الدار منه السقوط .

أما إذا كان العيب يسيراً كأن توجد بلاطة مخلوعة من بلاط الدار ، فلا خيار ولا يرجع المشتري على البائع بشيء وإن كان العيب متوسطاً كصدع جدار لم يخف على الدار منه السقوط فلا يثبت الخيار للمشتري لكن يرجع على البائع بالنقص .

---

(١) راجع كشاف القناع جـ ٣ ص ٢١٥ ، المغني جـ ٤ ص ١٥٢ .

وهذا كلام يصلح أن يكون ضابطاً للعيب الذى يثبت به الخيار .

المذهب الرابع : مذهب الشافعية : وأفضل ضابط للعيب الذى يثبت الخيار هو ضابط العيب عند الشافعية ؛ لأنه جمع بين إحكام الصياغة وسلامة العبارة وشمول المعنى فضلا عن أنه جامع مانع .

وقد عبر صاحب مغنى المحتاج عن ذلك الضابط بقوله : كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب فى جنس المبيع عدمه[1] .

وبيان ذلك : أن العيب الذى ينقص عين المعقود عليه كقطع أحد الأطراف ، والعيب الذى ينقص المنفعة كالعرج وصدع الجدران ، والعيب الذى ينقص القيمة وإن لم ينقص العين ولا المنفعة كالسرقة فى الرقيق ، وتقييد العيب بما يفوت به غرض صحيح خرج به ما لا يفوت به غرض صحيح ، وإن كان ينقص العين كالختان إذا اندمل . وتقييد العيب بكونه يغلب عدمه خرج به ما إذا غلب وجود العيب فى جنس المعقود عليه ، فإنه لا يثبت به الخيار ولو نقصت به القيمة ، وذلك كثيوبة أمة فى سن تحتمل فيها الوطء .

والمراد بغلبة وجود العيب فى جنس المعقود عليه ، الغلبة فى العرف العام لا فى محل البيع وحده[2] . فقطع الشفرين عيب وغلبته فى بعض الأنواع لا توجب غلبته فى جنس الرقيق .

وقد اتفق الفقهاء على أن يكون الرجوع فى العيب إلى العرف ، ولهذا نظائر فى الفقه منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة ، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو ، ومواضع كثيرة يحال فيها الحكم على العرف إما قطعاً أو على الخلاف[3] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٥٠ .

(٢) حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب جـ ٢ ص ٤٣ .

(٣) المجموع ج ١٢ ص ٣٤٤ .

وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف ، وليس هذا مخالفاً لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعى ثم العرفى ثم اللغوى . إذ أن مراد الأصوليين من ذلك أنه إذا تعارض معنى اللفظ فى العرف ومعناه فى اللغة قدمنا العرف .

ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده فى اللغة ، ولم يقولوا ليس له معنى ، أى أن يكون معناه فى اللغة لم ينص على حده بما يثبته فيستدل بالعرف عليه[1] .

وما يقال : من أن محل الاحتكام إلى العرف فيما لم ينص الفقهاء على كونه عيباً ، فإن نصوا عليه فلا اعتبار فيه بعرف يخالفه مطلقاً[2] ، هذا الكلام محل نظر ، فإن من المتفق عليه بين الفقهاء أن العيب الذى يرد به المبيع ما يعده العرف عيباً ، وما نص الفقهاء على كونه عيباً لم يستندوا فيه إلى نص شرعى ، وإنما عولوا فيه على العرف ، والعرف يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

قال ابن رشد : والعيوب التى لها تأثير فى العقد عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعى نقصاناً له تأثير فى ثمن المبيع ، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما كان النقص فى الخلقة فضيلة فى الشرع كالخفاض فى الإماء والختان فى العبيد ، ولتقارب هذه المعانى فى شىء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء فى ذلك[3] .

ويتبين من هذا : أن الشافعية قد وضعوا للعيب أسسا لا يثبت الخيار به للعاقد إلا إذا توفر بعض هذه الأسس . وهى :

١ — أن يكون العيب ناقصا للعين .

---

(١) المجموع جـ ١٢ ص ٣٤٤ .

(٢) حاشية الشرقاوى جـ ٢ ص ٤٣ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٧٣ .

٢ – أن يكون العيب ناقصا للمنفعة وإن لم ينقص العين .

٣ – أن يكون العيب ناقصا للقيمة وإن لم ينقص العين ولا المنفعة .

٤ – أن يغلب فى جنس المعقود عليه عدم وجود هذا العيب .

فإذا لم يتوافر أحد هذه الأسس ولكن فات الغرض الذى قصده العاقد من العقد فهل يعتبر هذا عيبا مثبتا للخيار أو لا ؟

إذا كان فوات الغرض راجعاً إلى معنى خاص بالعاقد لم يثبت له الخيار ، وذلك كأن يشترى جارية فتظهر أنها من محارمه ، أو يشترى عبداً فيظهر أنه ممن يعتق عليه وإنما لم يثبت الخيار بمثل هذا لأنه ليس بعيب .

أما إذا كان فوات الغرض راجعاً إلى معنى فى المعقود عليه ، فالأصل أن مثل هذا يثبت به الخيار على خلاف بين الحنفية والشافعية فى الفروع[١] .

واستدلوا على ماذهبوا إليه من تفسير العيب بالأدلة الدالة على ثبوت الخيار بالعيب فإنها لم تفرق بين أن يكون العيب ينقص العين أو المنفعة أو القيمة أو يفوت به غرض صحيح[٢] .

وبعد : فهذه آراء الفقهاء فى الضابط الذى يثبت به الخيار .

والراجح : هو رأى من قال : بأنه يرجع فى هذا إلى العرف بين أهل الخبرة فما يعده أهل الخبرة عيبا فهو عيب ، يثبت به الخيار وما لايعده أهل الخبرة عيبا فلا يثبت به الخيار ؛ لأن العيب ورد فى لسان الشرع مطلقا فيحمل على العرف .

وبهذا يعتبر العرف دليلا شرعيا يعمل به ولو لم يكن له أصل فى الشرع ،

---

(١) راجع نظرية الفسخ فى الشريعة : ص ٤٣٢ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٠٨ ، المجموع ج ١٢ ص ١٦٣ .

بل ولو كان أصله أو هام العامة ، فمن باب أولى نعمل به إذا لم يصادم نصا شرعيا ، وبعبارة صريحة قاطعة أنه يعول على عرف التجار وحدهم ، ولا اعتبار بقول آخر يخالفه لأنهم أهل الذكر فى هذا المقام .

يقول الشيرازى فى هذا ما نصه : والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا ، فإن خفى منه شىء يرجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس ، وإذا كان هذا العيب ينقص العين أو المنفعة أو يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه ثبت به الرد وإلا فلا ، وهذا هو الراجح .

المبحث الثالث

فى الشروط المثبتة لخيار العيب

اشترط الفقهاء فى العيب الذى ينعقد سبباً للخيار شروطاً نبينها فيما يلى:

الشرط الأول : أن يكون العيب مما يثبت بمثله الخيار . وقد رأينا ما قاله الفقهاء فى ضابط العيب الذى يثبت الخيار ، وعرفنا أنه يشترط فيها أن تكون مؤثرة فى عين المبيع أو قيمته أو يفوت بها غرض صحيح على المشترى كما هو رأى الشافعية ، ورأينا كذلك أن المعول عليه فى ذلك كله هو العرف الجارى بين الناس بشرط أن يكون عاما ، فإن كان العرف يحكم بأنه ينقص عين المبيع ، أو قيمته فهو عيب مثبت للخيار وإلا فلا . وقد مضى تفصيل ذلك .

الشرط الثانى : أن يكون العيب موجوداً فى المبيع قبل أن يدخل فى ضمان المشترى ، فإن حدث بعد ذلك فلا خيار ؛ لأن ثبوته بالعيب لفوات صفة السلامة التى يقصدها المشترى ، وقد تحقق ذلك بدخول السلعة سليمة فى ضمان المشترى بالقبض وهى سليمة ، فإذا حدث لها عيب بعد ذلك فلا خيار .

ولهذا فقد اتفق الفقهاء على أن العيب يثبت به الخيار متى كان مقارنا للعقد إذا ما توافرت باقى الشروط ، وإن حدث العيب بالمعقود عليه بعد العقد وقبل القبض كان حكمه حكم العيب الذى حصل مقارناً للعقد عند من يرى أن المبيع لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالقبض ، وهم : الحنفية والشافعية والإمامية[1] . وأما من يرى دخول المبيع فى ضمان المشترى بمجرد العقد الصحيح ، وهم : المالكية والحنابلة وابن حزم فلا يثبت به

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ ٣ ص ٧٢ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٥٠ .

الخيار ، لأنهم يرون أن كل عيب يحدث بعد تمام البيع فهو من المبتاع ولو كان فى يد البائـع إلا ما فيه حق توفية فعند المـالـكية والحنابلة لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالقبض كالمـكيل والموزون والمعدود .

وإن حدث العيب بعد تسليم المبيع ، فلا يثبت به الخيار للمشترى بحدوث العيب لأن ثبوت الخيار لفوات صفة السلامة المشروطة فى العقد دلالة ، وقد حصلت السلامة فى يد المشترى إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم[١] أى بعد استقرار ملـكه على المبيع سليما من العيوب .

وخالف المـالـكية فى هذا ؛ لأنهم يرون مشروعية العهدة ، ومعناها عندهم : أن المبيع يظل مدة معينة بعد التسليم مضمونا على البائـع ولو قبضه المشترى ، وأقلها ثلاثة أيام يضمن فيها البائـع المبيع عند المشترى من عيوب ثلاثة . هى : الجذام والبرص والجنون . . . وحجتهم فى ذلك عمل أهل المدينة[٢] .

أما إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض فإما أن يـكون قـد استند إلى سبب متقدم أولا .

فإن كان مستنداً إلى سبب متقدم بأن يكون المبيع عبداً جانيا ، باعه صاحبه قبل أن يقتص منه .فإن كان المشترى عالما بهذا السبب فلا خيار له ، لأنه أقدم على شرائه مع علمه بجنايته فيـكون هذا الإقدام منه على شرائه دليل الرضا . وإن كان يجهل ذلك فإن كانت الجناية مما يقابل بالمـال وقام البائع بفداء المبيع فلا خيار للمشترى ، وإنما لم يثبت الخيار للمشترى إذا قام البائع بالفداء لانتفاء الضرر عن المشترى فى هذه الحالة . وإن تعذر تحصيل

---

(١) الشرح الصغير : جـ ٣ ص ١٥٦ ، شرح منتهى الإرادات : جـ٣ ص١٧٦ المحلى : جـ ٨ ص ٣٧٩ .

(٢) بداية المجتهد : جـ ٢ ص ١٧٥ .

الفداء فحق المجنى عليه مقدم على حق المشترى لسبقه وللمشترى فى هذه الحال الخيار، فإن شاء رد المبيع وفسخ العقد ورجع بالثمن وإن شاء أبقى على العقد ورجع على البائع بالأرش .

وإن كانت الجناية موجبة للقصاص ، ولم يعف الولى ، فالمشترى بالخيار إن شاء فسخ وسقط عنه الثمن وإن شاء أمضى وسلم الجانى ثم يرجع بالأرش، أى بالفرق ما بين قيمة العبد وهو معصوم الدم وبين قيمته وهو حلاله ، وإن اقتص منه وهو فى يد المشترى قبل أن يختار شيئا ، فإن قلنا : إن خيار العيب على الفور فلا شىء للمشترى لرضاه، وإن قلنا: إن الخيار على التراخى، تعين إمضاء العقد والرجوع بالأرش لتعذر الرد[1] .

وفى وجه للشافعية : أن العيب الحادث بعد القبض لا يرد به المبيع وإن استند إلى سبب قبل القبض لأن القطع وجد فى يد المشترى[2] .

الشرط الثالث : أن لا يكون المشترى قد علم بوجود العيب عند العقد أو القبض ، فإن كان عالما فلا خيار له ، لأن فى الإقدام على العقد مع علمه بالعيب دليل الرضا ، والرضا مسقط للخيار، لأن الخيار ما شرع إلا لاختلال الرضا بظهور العيب[3] .

الشرط الرابع : أن لا يكون العيب مما يمكن إزالته من غير مشقة كالنجاسة تكون فى الثوب الذى لا ينقص بالغسل فإن أمكن إزالته قبل علم

---

(١) المبسوط جـ ١٣ ص ١١٥ ، المجموع جـ ١٢ ص ٣٨٣ ، ونهاية المحتاج جـ ٣ ص ١١٩ ، المغنى ج ٤ ص ١٦١ .

(٢) المهذب جـ ١ ص ٢٨٤ .

(٣) البدائع جـ ٧ ص ٣٣٢٤ ، شرح المحلى للمنهاج : جـ ٢ ص ١٩٧ ، الشرح الكبير : جـ ٣ ص ١٢٠ .

المشترى به فلا يثبت للمشترى خيار فى هذه الحالة لعدم وجود مقتض لثبوته ، بل ولا يثبت الخيار أيضا للمشترى إن زال العيب بعد علمه به وقبل الفسخ لعدم الضرر .

وخالف فى ذلك بعض الفقهاء فقالوا : بثبوت الخيار لأنه قد ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير إسقاط المشترى له ، لأنه صار حقاً له .

وهذا غير مسلم لأن العيب سبب والخيار مسبب فإذا ارتفع المسبب زال السبب[1] .

الشرط الخامس : ثبوت العيب عند المشترى بعد العقد ، إذا كان العيب يحتمل الحدوث والزوال لأن العيب إذا حدث قبل التسليم وزال أيضا قبله ، فقد قبض المشترى المبيع سليما من العيب فلا خيار له .

الشرط السادس : أن يكون العقد خاليا من شرط براءة المعقود عليه من كل عيب وهو ما يسمى ببيع البراءة أو البيع بشرط البراءة . كأن يقول البائع : بعتك هذه السلعة على أنى برىء من كل عيب ، فإذا شرط مثل هذا فهل يكون هذا الشرط صحيحا ؟ وما هى العيوب التى يمكن دخولها تحت هذا الشرط ؟ .

فالكلام فى فرعين :

الأول : فى صحة هذا الشرط فى نظر الفقهاء .

الثانى : فى الأثر المترتب على ثبوت خيار العيب .

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٣٩ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ١١٩ .

الفرع الأول : فى صحة شرط البراءة من العيوب :

البراءة من العيوب إما أن تكون عامة كأن يقول البائع للمشترى : بعتك هذا الثوب على أنى برىء من كل عيب وغير ذلك مما يؤدى هذا المعنى ، وإما أن تكون البراءة خاصة كأن يقول : بعتك هذا الشىء على أنى برىء من عيب كذا وكذا .

وأيا ما كان هذا أو ذاك ، فإما أن يقيدها العاقد بالعيوب القائمة بالمعقود عليه وقت العقد أو تكون مطلقة أو تكون مضافة إلى العيوب التى تحدث فى المستقبل[١] .

ومن صور بيع البراءة أن يقول له : بعتك هذا الشىء على أنه حاضر حلال ويراد بيع هذا الحاضر بما فيه من أى عيب كان سوى عيوب الاستحقاق أى لوظهر غير حلال أى مسروقا أو مغصوبا فإن ظهر شىء من هذا فللمشترى أن يرجع على البائع ، وهذا بمعنى البراءة من كل عيب[٢] .

أولا : البراءة العامة المقيدة بوقت العقد :

اختلف الفقهاء فى ذلك ولهم آراء مختلفة نذكرها فيما يلى :

المذهب الأول : أن البائع يبرأ من كل عيب كان بالمبيع عند البائع ظاهراً أو خفيا علم به البائع أو لم يعلم ، فإذا شرط البراءة فقد تبرأ البائع من كل عيب بالمبيع لأنه شرط صحيح وليس للمشترى حق الرجوع على البائع فيما اشتراه بهذا الشرط. وإلى هذا ذهب الحنفية والإمامية على أصح القولين عندهم وإحدى الروايات عند الشافعية[٣] .

---

(١) راجع نظرية الفسخ فى الشريعة الإسلامية ص ٤٣٦ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ٩٥ .

(٣) المبسوط جـ ١٣ ص ٩١ ، الروضة البهية جـ ١ ص ٣٢٩ ، نهاية المحتاج جـ ٢ ص ٥٣ ، التحفة جـ ٤ ص ٢٦٢ .

واحتجوا على ذلك بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فمنه ما رواه الترمذى بسنده عن عمر بن عوف — رضى الله عنه — أن النبى ﷺ قال : « المسلمون على شروطهم »[١] .

ووجه استدلالهم من الحديث : أن رعاية الشروط والوفاء بها جاء عاماً فيدخل فى ذلك شرط براءة المبيع من العيوب .

ويرد على هـــذا الاستدلال : بأن الحديث ضعيف الإسناد ، فإن فى إسناده كثير بن عبد الله بن عوف وهو مطعون فيه بالضعف . قال الصنعانى فى سبل السلام : « كذبه الشافعى وتركه أحمد . وفى الميزان عن ابن حبان له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، وقال الشافعى وأبو داود : هو ركن من أركان الكذب » .

وحديث هذا شأنه لا يصلح به الاحتجاج ، وعلى فرض أنه سليم من هذا فهو عام قد خص منه شرط البراءة من كل عيب للجهل بالعيوب كما لو اتفق المتبايعان على الجهل بالمبيع فإنه لا يصح .

وأما المعقول : فلأن الشارع أثبت حق الرد للمشترى رعاية لمصلحته ، فإذا قبل أن يبرىء البائع من كل عيوب المبيع فقد أسقط حق نفسه ، فصح الإسقاط حيث لم يوجد مانع يمنع من هذا التصرف فى الشرع .

ويرد على هذا القول : بأن دعوى عدم المانع الشرعى غير مسلمة ، بل المانع قائم ؛ لأن البراءة تمليك ضمنى ؛ لأن الإسقاط فيه معنى التمليك ، وتمليك المجهول غير صحيح .

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٥٩ ، المبسوط ج ١٣ ص ٩٢ ، المجموع ج ١٢ ص ٤٠٦ .

ويجاب عن هذا : بأن التمليك الذى يضمنه الإبراء ثابت ضمنا وتبعا ، إذ المقصود منه إنما هو الإسقاط ، فيكون المرجح الإسقاط دون التمليك ، وإسقاط المجهول لا يضر .

وعلى فرض تسليمنا باستواء الإسقاط والتمليك فى الإبراء ، فالجهالة هنا لا تؤثر فى التمليك ؛ لأن الجهالة ليست مفسرة لذاتها ، بل لكونها مفضية إلى النزاع ، والجهالة هنا لا تفضى إلى النزاع لعدم احتياج التمليك فى الإبراء إلى تسليم وتسلم فيصح فى المجهول كالطلاق[١] .

المذهب الثانى : أن البائع لا يبرأ من العيوب مطلقا ، ومثل هذا الشرط لا يسقط حق المشترى فى الرد بسبب العيب ، وإلى هذا ذهب الشافعية فى قول وهو رواية فى مذهب أحمد وحكى عن الحسن وداود[٢] ، ورواية عن مالك .

واستدل أصحاب هذا المذهب بالمنقول والمعقول .

أما المنقول[٣] : فبما رواه مسلم بسنده عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » .

ووجه الدلالة : أن البيع بشرط البراءة من العيوب غرر ظاهر لما فيه من الجهالة بالعيب المبرأ عنه ، والغرر منهى عنه .

ويناقش هذا الاستدلال : بأن البائع إذا أعلم المشترى بالعيب فلا غرر فلا يدخل فى النهى .

---

(١) راجع محاضرات فى خيارات البيع : ص ٣١ .

(٢) المجموع : جـ ١٢ ص ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، الشرح الكبير للمقدسى : جـ ٤ ص ٥٩ .

(٣) سبل السلام : جـ ٣ ص ١٥ ، المجموع : جـ ١٢ ص ٤٠٦ ، الشرح الكبير : جـ ٣ ص ١١٩ .

وأما المعقول : فمنه :

أولا : أنه غش والغش حرام ، لأنه يتنافى مع ماثبت من وجوب النصح للمسلمين ، والبائع بالبراءة لم ينصح للمشترى بل كذب عليه وغشه .

وبيان ذلك : أن من باع بالبراءة من العيوب لايخلو من أمرين :

أحدهما : أن يكون أراد بذلك ألا يقام عليه بعيب إن وجد ، وأنه برىء منه ، والبيع بمثل هذا باطل لأنه انعقد على شرط ليس فى كتاب الله .

والأمر الثانى : أن يكون أراد أن فيه كل عيب ، وهذا أيضا باطل بيقين لأنه انعقد على أنه لاصحة له ، فلا يكون صحيحا .

ويرد على هذا : أنه غير مسلم ؛ لأن بيع البراءة ليس غشا ولا فيه ماينافى وجوب النصيحة للمسلمين ، فقد رضى المشترى بأن يبرأ البائع ثم إنه قبل البيع على بصيرة من أمره .

ثانيا : استدلوا بالمعقول أيضا فقالوا : إن بيع البراءة غير صحيح ؛ لأنه يسقط الخيار الذى ثبت بالشرع وماثبت بالشرع لاينتفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد .

ويرد على هذا الاستدلال : بأن الشرع أثبت الخيار رعاية لحق المشترى ودفعاً للغرر عنه ، فإذا أسقط المشترى حقه سقط .

ثالثا : استدلوا : بأن اشتراط البراءة من العيوب مطلقا إبراء من المجهول وهو غير صحيح ، لأن الإبراء فيه معنى التمليك ، ولهذا يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط ، وتمليك المجهول غير صحيح بالاتفاق .

ويستثنى من هذا : ما إذا كان المبيع حيوانا وبه عيب خفى لم يعلم به البائع ؛ لما رواه مالك فى موطئه : « أن ابن عمر رضى الله عنهما باع غلاما بثمانمائة

درهم وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه ـ وهو زيد بن ثابت ـ لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لى ، فاختصما إلى عثمان رضى الله عنه ، فقضى عثمان على ابن عمر أن يحلف أنه باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه بألف وخمسمائة درهم »[١] . وكان ابن عمر يقول : تركت اليمين لله فعوضنى الله عنها[٢] .

فهذا قضاء من عثمان اشتهر بين الصحابة من غير نكير منهم ، فيكون إجماعاً على صحة اشتراط البراءة من العيب فيما لا يعلمه البائع إذا كان المبيع رقيقا ، وسائر الحيوانات كالعبد فى هذا الحكم دون غيرها .

وإنما صح ذلك فى الحيوان دون غيره ؛ لأن الحيوان يتغذى فى الصحة والمرض وتحول طباعه من حال إلى حال يجمله لا ينفك من عيب خفى أو ظاهر ، فيحتاج البائع إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع ما يعذر فيه من العيب الخفى ؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشترى عليه دون ما يعلمه مطلقا فى الحيوان أوغيره لتلبيسه فيه . بخلاف غير الحيوان عن المبيعات كالجوز واللوز والثياب والعقار لأنه لا تحول طباعها كتحول طبائع الحيوان[٣] .

المذهب الثالث : أن اشتراط البراءة من العيوب لا يستفيد البائع منها شيئا ، فيكون للمشترى أن يرد المبيع على البائع إذا ظهر له عيب فيه إلا فى الرقيق خاصة فإن رده مقيد بما إذا كان العيب خفيا يجهله البائع ولم يعلم به مع طول مدة إقامة المبيع عند المشترى ، فإن كان المبيع لم يمكث عنده مدة طويلة بل باعه فور شرائه فلا يصح هذا الشرط[٤] . واستثنى الحنابلة

---

(١) شرح السيوطى على الموطأ جـ ٢ ص ١٢١ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٥٣ .
(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٥٣ .
(٤) الخرشى جـ ٥ ص ١٢٥ .

اشتراط البراءة من عيب لم يعلمه البائع أياً كان المبيع[١] .

واستدل المالكية : بأن شرط البراءة لا يفيد إلا فيما لا يعلمه فى الحيوان خاصة ، بما رواه مالك فى الموطأ عن يحيى بن سعيد[٢] عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه لى فاختصما إلى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبداً وبه داء لم يسمه ، وقال عبد الله : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم .

ووجه الدلالة من هذا : أن عثمان — رضى الله عنه — أقر البيع بشرط البراءة إذا كان المبيع رقيقاً به عيب لا يعلمه البائع ، بدليل أنه طلب من ابن عمر أن يحلف على أنه قد باع العبد بشرط البراءة وما به عيب يعلمه ؛ فدل هذا على جواز بيع الرقيق إذا كان بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، وكان البيع بشرط البراءة ويلحق بالرقيق سائر الحيوانات وإنما خص الرقيق لورود الأثر به .

واستدل الحنابلة على جواز ذلك فى الحيوان وغيره إذا كان البائع لا يعلم بالمبيع عيباً بأن اشتراط البراءة إسقاط الحق قبل ثبوته ؛ لأن حق الرد لا يكون إلا بعد البيع عند ظهور العيب فإسقاطه قبل ذلك إسقاط له قبل ثبوته ، وهو لا يجوز قياساً على إسقاط حق الشفعة قبل البيع .

ويرد على هذا الاستدلال : بأنه قول صحابى وهو ليس بحجة فيما للرأى

---

(١) الشرح الكبير للمقدسى ج ٤ ص ٥٩ .

(٢) الموطأ ج ٢ ص ٤٨ .

فيه مجال ودعوى الإجماع مردودة لثبوت مخالفة ابن عمر — كما نقل ذلك البيهقى فى السنن(١) — ولو سلم بحجيته فإن ظاهر الأثر يدل على اختلاف الصحابة فى البيع بشرط البراءة ؛ لأن قضاء عثمان على عبد الله بن عمر يدل على أن عثمان كان يرى أن البائع يبرأ من عيوب المبيع إن شرط البراءة ، وكان غير عالم بالعيب ، وامتناع عبد الله بن عمر عن اليمين يدل — ولو احتمالا — على أنه كان يرى أن البائع يبرأ من العيوب سواء كان عالماً ، أو غير عالم .

ثم إن هذا المعنى موجود فى غير الرقيق ، فإن كثيراً من أنواع المبيعات ما تدق عيوبها وتخفى .

المذهب الرابع : أن البائع لا يبرأ من شىء من العيوب إلا من العيب الذى يعلم به المشترى ، وإلى هذا ذهب أحمد فى رواية ، ونقله ابن رشد رواية عن مالك(٢) ، وهو المذهب عند الزيدية .

واستدل هذا الرأى على ما ذهب إليه بالمنقول والمعقول .

أما المنقول : فبما ورد من النصوص الدالة على مشروعية البيع ، فهى لم تفرق بين بيع اشترط فيه مثل هذا الشرط وبين آخر لم يشترط فيه .

وأما المعقول : فإن المشترى إذا علم بالعيب وقبل على هذا يكون حقه قد تعلق بمبيع معيب بالعيوب التى علمها .

وبعد ، فهذه آراء الفقهاء فى بيع البراءة من العيوب ، والراجح منها القول : ببراءة البائع من العيوب التى يعلمها المشترى ؛ لأن العيب فى هذه

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٥ ص ٣٢٨ .

(٢) المغنى ج ٤ ص ١٧٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٣ ، التاج المذهب ج ٢ ص ٤١٧ .

الحالة يكون معلوماً ، فإذا قبل المشترى على هذا كان كمن علم بالعيب قبل العقد ورضى به ، والرضا هو ركن العقد وأساس صحته فيكون العقد صحيحاً فى كل أنواع المبيعات من عقارات ومنقولات وغيرها . والله أعلم .

ثانياً : البراءة المطلقة التى لم تقيد بوقت العقد ولا غيره :

ومثال ذلك : أن يقول البائع للمشترى : بعتك هذا الشىء على أنى برىء من كل العيوب ، فإن كان بالمبيع عيب فحكمه حكم ما سبق بالنسبة للعيوب المقيدة بوقت العقد سواء بسواء .

أما إذا حدث فى المبيع عيب بعد العقد وقبل أن يدخل فى ضمان المشترى فهل يدخل هذا العيب ضمن البراءة فلا يكون للمشترى أن يرده أو لا يدخل معها فيثبت الرد عند من يقول بصحة شرط البراءة ؟

ويكون هذا العيب الطارىء بعد العقد وقبل أن يدخل فى ضمان المشترى غير داخل فى البراءة فيكون له رد المبيع بسبب العيب قولا واحداً على رأى من يرى أن المبيع يدخل فى ضمان المشترى بمجرد العقد الصحيح ، وأن الحكم كذلك عند من يرى أن المبيع لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالقبض ، وهذا هو رأى الجمهور .

وخالف فى هذا أبو حنيفة ، وأبو يوسف فى ظاهر الرواية ، وهو مذهب الإمامية فى أصح القولين .

دليل مذهب الجمهور : استدل الجمهور بأنه لا يتصور الإبراء من العيوب إلا بعد وجوده ، والعيبُ الحادث لم يكن موجوداً وقت الإبراء فلا يدخل فيه .

دليل مذهب أبى حنيفة ومن وافقه : استدل أبو حنيفة ومن وافقه بأن الغرض من شرط البراءة هو قطع الطريق على المشترى حتى يمكنه الرد ،

وهذا لا يحصل إلا بدخول العيب الحادث ، وعلى هذا فتشمله البراءة ، ولا يكون له حق رد المبيع .

وما استدل به أبو حنيفة ومن وافقه غير مسلم ؛ لأن العيب الذى جاء متأخراً عن شرط البراءة لو دخل معها لأدى ذلك إلى تقديم المسبب على سببه وهو غير جائز .

وبذلك يكون الراجح : ما ذهب إليه الجمهور ، وهم القائلون : بأن السبب المستحدث بعد العقد وقبل دخول المبيع فى ضمان البائع غير داخل فى شرط البراءة فيكون للمشترى حق رد المبيع بسببه .

قال العلامة السرخسى فى تعليل هذا الحكم : « لأن ذلك مجهول لا يدرى أيحدث أم لا ؟ وأى مقدار يحدث »[1] .

ثالثاً : البراءة المقيدة بما يحدث بعد العقد :

ومثالها أن يقول : بعتك هذا الثوب على أن أكون بريئاً من كل عيب يحدث به بعد البيع ، فمثل هذا الشرط من قبيل الشروط الفاسدة ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء ، منهم : الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، وهو الأصح عند الشافعية .

وفى وجه آخر للشافعية : أن هذا الشرط صحيح ، وهو أحد قولين للإمامية .

أما الجمهور فقد استدلوا بأن الإبراء تمليك ، أو فيه معنى التمليك ، وعلى هذا فالإبراء يحتمل التمليك .

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٣٢٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٨٣ ، الروضة البهية ج ١ ص ٣٢٩ .

واحتج الشافعية ومن وافقهم على القول بصحة الشرط بقياس العيب الحادث على الموجود عند البيع ؛ لأن الغرض إيجاد العقد على وجه لا يستحق المشترى معه سلامة البيع من العيب .

ويرد على هذا الاستدلال : بأن هذا قياس غير مطابق ؛ لأن الموجود معلوم أو فى حكمه ، والعيب الحادث بخلافه .

وعلى هـــذا يكون الراجح : ما ذهب إليه الجمهور ، لأنه لو صح مثل هذا الشرط لـكان فيه إسقاط للشيء قبل وجوده ، وإسقاط الشيء المعدوم غير صحيح[1] .

ولـكن هل يفسد العقد بفساد الشرط ؟

ذهب فريق من الفقهاء ، ومنهم : الشافعية فى المعتمد من مذهبهم إلى أن العقد صحيح ، وذلك لأن عثمان بن عفان — رضى الله عنه — قضى على ابن عمر باليمين عندما باع غلاماً له بشرط البراءة ، ولو كان العقد مع هذا الشرط فاسداً لما قضى عثمان على عبد الله لعدم فائدته فى مثل هذا .

وما يمكن أن يعترض به على هذا الدليل أنه قول صحابى معارض بمثله .

وذهب الحنفية وآخرون : إلى أن العقد الذى اقترن به شرط فاسد يكون فاسداً ، وذلك لأن مثل هذا الشرط يخالف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ، ومثل هذا يفسد العقد .

وهذا أيضاً معترض عليه بأنه موافق لمقتضى العقد وهو اللزوم .

والراجح : أن العقد المقترن بشرط فاسد يكون فاسداً ؛ لأن الشرط

---

(١) راجع البحر الرائق ج ٦ ص ٧٢ ، المجموع ج ١٦ ص ٤١٥ ، البدائع ج ٧ ص ٣٣٢٧ .

هنا يقابله جزء من الثمن ، وهذا الجزء مجهول ، فلو صح العقد لصح مع الجهل بالثمن ، وهذا ممتنع لأن العلم بالثمن من شروط صحة البيع[١] .

رابعاً : البراءة الخاصة من بعض العيوب :

البراءة من بعض العيوب الخاصة إن كانت مبهمة بأن قال البائع للمشترى : بعتك هذه السلعة على أنى برىء من بعض عيوبها ، فالشرط هذا فاسد عند جمهور الفقهاء للجهالة[٢] .

ومقتضى هذا الشرط صحيح عند الحنفية لما تقدم من استدلالهم فى البراءة العامة .

وإن كان العيب الذى شرطت البراءة منه معيناً ، فإن كان البائع قد سمى هذه العيوب للمشترى وأوقفه عليها فالشرط صحيح لانتفاء الجهالة ، ويلزم العقد إلا إذا وجد المشترى غير تلك العيوب ، فعند ذلك يثبت له رد المبيع وإلا فلا .

وإن سماها للمشترى ولم يوقفه عليها ، فإن كان العيب مما لا يتفاوت أفراده فيه كالعمى ، كفت التسمية لحصول العلم بها لأنها بمنزلة إعلام من البائع[٣] ، وإن كان العيب مما يتفاوت أفراده كالبرص . فإما أن يكون مما تمكن معاينته أولا ، فإن كان الثانى فتكفى تسميته كما سلف .

وإن كانت المعاينة ممكنة ، فذهب البعض ، منهم : الشافعية إلى أنه لا تكفى التسمية . وذهب الحنفية والإمامية فى الأصح إلى أن التسمية تكفى فى هذه الحالة[٤] .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٣ ص ١١٢ ، المجموع ج ١٢ ص ٤١٣ .
(٢) شرح العناية ج ٥ ص ١٨٢ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٣ ص ١١٢ .
(٤) شرح العناية ج ٥ ص ١٨٢ ، الروضة البهية ج ١ ص ٣٢٩ .

أما الأولون : فقد استدلوا بأنه لا بد من المعاينة ، ولا تكفى التسمية ما دامت المعاينة ممكنة لأنه قد يغتفر فى شىء دون شىء .

واستدل الحنفية : بأن التسمية تقوم مقام إطلاع البائع للمشترى على العيب .

والراجح : هو الأول ؛ لأن المعاينة تقطع النزاع فى المستقبل .. والله أعلم .

الفرع الثانى : الأثر المترتب على ثبوت خيار العيب :

اتفق[1] الفقهاء على ثبوت الخيار المشترى إذا ظهر بالمبيع عيب ، وتوافرت له شرائط ثبوت خيار الرد بالعيب فيكون الخيار بين أمرين : أحدهما أن يمسك السلعة المبيعة بالثمن أو فسخ العقد ورد المبيع .

واختلفوا بعد ذلك فيما إذا أمسك المبيع هل يرجع على البائع بقيمة نقصان المبيع ، أو يمسك المبيع مع وجود العيب دون مقابل ؟

ويمكن حصر الخلاف بين الفقهاء فى هذه المسألة فى مذهبين :

المذهب الأول : وبه قال جمهور الفقهاء ، ومنهم : الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والظاهرية ، والزيدية ، والأباضية : وهو أنه إن أراد أن يمسكها فليمسكها دون مقابل ، ولا يحق له الرجوع عليه بقيمة النقص الذى فات بالعيب .

المذهب الثانى : وبه قال الحنابلة ، والإمامية : وهو أن له مع حق

---

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٥٨ ، الخرشى ج ٤ ص ٣٥ ، المهذب ج ١ ص ٥٤ ، المحلى ج ٩ ص ٦٥ ، الشرح الكبير المقدسى ج ٤ ص ٨٦ .

الإمساك أن يرجع بالأرش على البائع فيرجع عليه المشترى بنسبة ما أنقصه العيب من الثمن .

أدلة مذهب الجمهور :

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فاستدلوا بما روى عن عائشة - رضى الله عنها : « أن رجلا ابتاع غلاماً فاستغله ثم وجد به عيباً فرده بالعيب ، فقال البائع : غلة عبدى . فقال النبي ﷺ : الغلة بالضمان » . رواه أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجه ، وصححه الترمذى ، وابن حبان ، وابن الجارود ، والحاكم ، وابن القطان[1] .

وهذا الحديث دليل على أن المشترى إذا وجد بالمبيع عيباً فليس له إلا الرد إن كرهه ؛ لأن الرسول ﷺ قضى بذلك فى الغلام ، فدل على ثبوت حق الرد فقط إذ لو كان له حق الإمساك والرجوع بالنقصان لذكره الرسول فلما لم يذكره ولم يتعرض له صلى الله عليه وسلم دل ذلك على عدم ثبوته[2] .

وأما المعقول : فاستدلوا بما يلى :

أولا : أن الأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن فى مجرد العقد لكونها تبعاً ، فلا تكون أصلا ولا مزاحماً له بخلاف ما إذا صارت مقصودة بالإتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته إذا اختار الأخذ ؛ لأن الأوصاف يكون لها حصة .

---

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٣ .

(٢) محاضرات فى خيارات البيع ص ٣٢ .

ثانياً : أن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى ، فلو ألزمناه بدفع الأرش لأدخلنا عليه الضرر بنقصان الثمن ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره[1] .

دليل المذهب الثانى :

وأما الحنابلة والإمامية[2] فقد استدلوا بما يلى :

١ — أن المشترى إذا ظهر له عيب لم يكن يعلم به فله الأرش كما لو تعيب عند البائع قبل قبضه .

٢ — أن كل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض ، وبالعيب فات جزء منه ، فكان له حق الرجوع ببدله ، كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة ، فيكون له حق الرجوع ببدل العاشر .

وقد رد الجمهور أدلة المخالفين :

أما القياس الأول : فهو غير مسلم ، لأنه قياس مع الفارق ، إذ أن العيب الحادث بعد القبض حدث فى ملكه فله أن يطالب المعتدى على ملكه بالأرش بخلاف العيب الحادث قبل القبض فإن ملكه لم يستقر على المبيع . فيكون له الرد فى الثانى دون الأول .

وأما القياس الثانى: فهو أيضاً قياس مع الفارق، ذلك لأن الفائت فى المقيس عليه جزء من المبيع ، والفائت فى المقيس وصف فيه وهو تابع للأصل ،

---

(١) يراجع الزيلعى ج ٤ ص ٣١ ، الخرشى ج ٢ ص ٣٥ وما بعدها ، المهذب ج ١ ص ٥٤ ، المحلى ج ٩ ص ٦٥ وما بعدها ، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٥٨ وما بعدها ، الروض النضير ج ٣ ص ٥٣ .

(٢) الشرح الكبير المقدسى ج ٤ ص ٨٦ ، شرح النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ٣٥٨ ، وفقه الإمام جعفر ج ٣ ص ٢١٥ .

وفرق كبير بين فوات الأصل وفوات التابع ، فإنه فى المثال الذى معنا لو اشترى عشرة أقفزة فوجدها تسعة فإن الفائت جزء فيقابل بالقيمة ، ومن ثم فيرجع عليه بقيمة القفيز بخلاف مسألتنا فإن الفائت وصف والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن .

الترجيح : والذى يترجح فى نظرنا هو قول الجمهور لقوة أدلتهم وسلامتها فيكون للمشترى إذا اختار إمساك السلعة المعيبة ألا يرجع بقيمة ما نقص من السلعة بسبب العيب إلا إذا تعذر رد المبيع بأحد موانع الرد[1] ، فإن كان الأمر كذلك فلا خلاف بين الفقهاء فى جواز الرجوع بالأرش مع إمساك المبيع .

---

(١) سيأتى الكلام عليها فى مبحث مستقل بها فى هذا الفصل إن شاء الله .

المبحث الرابع

وقت خيار العيب

اتفق الفقهاء على أن خيار العيب ليس له وقت معلوم يبدأ عنده بل يثبت للمشترى فى أى وقت يظهر فيه العيب مهما طال الزمن ، فإذا كان ذلك العيب الذى ظهر مما يثبت به المشترى جواز الرد رده على البائع مالم يمنع مانع من ذلك مهما تقادم العهد بين العقد وظهور العيب .

واختلفوا بعد ذلك فى مدة خيار العيب بعد ظهوره ، وهل هى على الفور أم على التراخى ؟

فى هذه المسألة مذهبان :

المذهب الأول : وبه قال الحنفية والظاهرية ، والإمامية والراجح عند الحنابلة[١] ، أن خيار العيب على التراخى ، فمتى علم بالعيب فلا يلزمه الرد على الفور بل يكون له مندوحة فى التأخير - فإذا أخره لم يبطل خياره إلا إذا وجد منه ما يدل على الرضا .

المذهب الثانى : وبه قال المالكية والشافعية والفريقين من الزيدية والمرجوح عند الحنابلة[٢] ، وهو أن خيار العيب على الفور متى علم بالعيب ، فإذا علم بالعيب فوقت ثبوت الخيار للمشترى يكون من وقت العلم بالعيب إلى أن يرضى المتملك بالمعقود عليه صراحة أو دلالة ، كقوله : رضيته

(١) راجع رد المحتار جـ ٤ ص ٩٣ ، المحلى جـ ٩ ص ٧٣ ، فقه الإمام جعفر الصادق جـ ٣ ص ٢٢٢ ، الشرح الكبير المقدسى جـ ٤ ص ٩٦ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٣ ص ٤٧٧ ، الخرشى جـ ٤ ص ٤٧ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٦٢ ، محاضرات فى خيار البيع ص ٣٤ ، المختصر النافع ص ١٤٩ .

بالعيب وما أشبه ذلك من الألفاظ المصرحة بالرضا ، وكركوب الدابة المبيعة لصالح نفسه ، غير أن الظاهرية لا يرون هذه التصرفات التي اعتبرها غيرهم دالة على الرضا مسقطة للخيار ، بل لا يسقط الخيار عندهم إلا بصريح الرضا .

الأدلة ومناقشتها :

استدل أصحاب المذهب الأول لما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول :

أما السنة : فمنها ما روى أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى مصراة فهو منها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ومعها صاعا من تمر »[1] رواه الجماعة إلا البخاري .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث : أن الرسول ﷺ جعل مدة الخيار فى عيب التصرية ثلاثة أيام وذلك بسبب العيب ، فلم يجعل الرسول الكريم الخيار فور الاطلاع على ما فيها من عيب[2] .

ويرد على هذا : أن المشترى عادة لا يعلم العيب فى المصراة إلا بعد ثلاث حلبات فى ثلاثة أيام ، فلو أمكنه الاطلاع على هذا العيب قبل مضى هذه المدة لوجب عليه الرد فوراً .

وأما المعقول فمنه :

أولا : أن الخيار شرع لدفع ضرر متحقق فكان على التراخى كالقصاص .

ويرد عليه : أن قياس الرد بالعيب على القصاص بجامع أن كلا منهما شرع لدفع ضرر متحقق غير مسلم ؛ لأنه قياس مع الفارق لأنه لا ضرر على

---

(١) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢١٤ .
(٢) المجموع جـ ١٢ ص ١١٦ .

القائل بالتأخير والضرر هنا متحقق للبائع . أو نقول : بأن الخيار شرع لدفع الضرر عن المال بخلاف القصاص .

ثانياً : أن ثبوت هذا الخيار لاختلال الرضا ، والحكم يبقى ما بقى سببه .

ويرد عليه : أنه يبقى ما لم يرد نص بسقوطه وقد ورد النص بذلك .

وأما أصحاب المذهب الثانى ، فقد استدلوا بما يلى :

فقالوا : إن الخيار ثبت على الفور ؛ لأن هذا الخيار يثبت فى عقود المبادلات التى يقصد منها العوض ، والأصل فى هذه العقود اللزوم ، وهذا يقتضى لزوم العقد من الجانبين لكن ثبت الخيار شرعا ، والقدر المحقق من دليل مشروعيته ، ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه دليل صحيح ، فيجعل فيه بمقتضى العقد وهو اللزوم[1] ، ثم إنه لو كان الخيار على التراخى لكان منافياً لأصل العقد وهذا لا يجوز .

وقد يرد عليه : القول بأن كون اللزوم هو الأصل فى عقود المبادلات التى يقصد فيها العوض يقتضى عدم ثبوت الخيار أصلا . والجواب : نعم . ولكن خيار العيب يثبت بالشرع .

ثالثاً : أن المشترى متى علم بالعيب ، فإما أن يسقطه فليس له إمساكه ، وإما أن يرضاه فليس له رده .

ويرد عليه : أن له ذلك ، وله ثالث أيضاً وهو أن يكون متروياً فيه .

الترجيح : والراجح هو القول بفورية خيار العيب ، لأن القول بالرد على التراخى يتضرر به البائع ، لأنه لا يدرى مصير السلعة ، وقد يظهر راغب فيها ، فكان الرد على الفور من هذه الناحية محققاً مصلحة البائع ، لأنه يرفع عنه ضرر التأخير فيستطيع أن يتبين موقفه من العقد الذى قد

---

(١) المجموع جـ ١٢ ص ١٣٤ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١١٨ .

التزم هو به ، ومراعاة الموازنة بين مصلحة البائع والمشترى لا نقول بالفورية التى قال بها الشافعية وهى وجوب المبادرة بالرد[1] ، فقد يحتاج بعد علمه بالعيب إلى التروى فينظر إلى ما هو الأصلح له ، ولكن كم تكون مدة الانتظار هذه التى قد يحتاج فيها إلى التروى ؟

بين ذلك المالكية فقالوا : إن المدة التى لا يتضرر بها البائع هى ما كانت مقدرة بيومين أو دونهما ؛ لأنها مدة قصيرة لا يتضرر بها العاقد الآخر عادة . ومن ذلك يمكن القول : بأن مدة خيار العيب مشروطة بعدم الإضرار بمصلحة طرفى العقد .

---

(١) روضة الطالبين جـ ٣ ص ٤٧٧ .

المبحث الخامس

فى العقود التى يدخلها خيار العيب

العقود بصفة عامة ، إما أن يكون الغرض منها تبادل المعاوضات ، أو يكون المقصود منها المكارمة . وهى تلك العقود التى لا تقابل بالعوض وتسمى بعقود التبرعات ، وإما أن تكون مترددة بين هذين النوعين . والمقصود من هذا المبحث هو بيان العقود التى يدخلها خيار العيب وموقف الفقهاء منها .

أولا : عقود المعاوضات :

اتفق الفقهاء على أن خيار العيب يدخل عقود المعاوضات أو المبادلات المالية التى يقصد منها العوض كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن الأموال(١) ، وهذه العقود كلها من العقود اللازمة التى لا تحتمل الفسخ .

ثانياً : العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة ، وهى عقود التبرع :

أما هذه العقود فلا يدخلها خيار العيب بلا خلاف ، لأن المقصود منها المكارمة ، لأنه لا تأثير للعيب فيها كالهبة لغير ثواب والصدقة ونحوهما .

ثالثاً : العقود المترددة بين هذين الصنفين من العقود :

وهذه العقود قد اختلف الفقهاء فى دخول خيار العيب فيها ، ومن هذه العقود : هبة الثواب . فيرى المالكية فى الأظهر من مذهبهم : أنه لا يثبت فيها خيار العيب . وقيل : إذا كان العيب مفسداً دخل خيار العيب فى هذه العقود ، ومن هذه العقود المختلف فى دخول خيار العيب فيها عقد النكاح .

والفقهاء يفرقون فى عقد الزواج بين عيوب كل من الزوج أو الزوجة .

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٧٢ .

عيوب الزوج وهل يثبت بها خيار العيب ؟

فإذا كان بالزوج عيب منفر يمنع المداناة ولا يحصل بسببه مقصود النكاح كالجنون والجذام والبرص والجب والعنة ، فقد اتفق الفقهاء[١] ومنهم : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية على أن للزوجة الحق فى طلب فسخ عقد النكاح ، غير أن أبا حنيفة وأبا يوسف لايعطيان هذا الحق للزوجة إلا إذا كان الزوج عنينا أو مجبوبا فقط .

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية - رحمه الله - إلى أن للمرأة حق الفسخ بكل عيب منفر لايحصل به مقصود النكاح فكان بهذا رأيه مع الجمهور .

عيوب الزوجة وثبوت خيار العيب بسببها :

أما إذا كان بالزوجة عيوب تمنع من مقصود الزواج ولاتستقيم معها الحياة الزوجية ، فقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية[٢] على أن للزوج حق فسخ عقد النكاح ، وخالفهم فى ذلك الحنفية فقالوا : إن الزوج لا يملك فسخ عقد النكاح لشىء من هذه العيوب ، لما فيه من الإضرار بسمعتها والتشهير بها . فإن كان ولابد من الفرقة فيستطيع أن يلجأ إلى طلاقها ليدفع بذلك الضرر عن نفسه ، وماقد يلحقه من الأضرار المالية إن أصرت الزوجة على طلب حقوقها المالية المترتبة على الطلاق لايكون مانعاً له من ترك الطلاق إلى الفسخ ، فإن مايدفعه من الحقوق المترتبة على الطلاق أهون من ضرر التشهير بها .

ولكن ذهب كثير من الفقهاء ومنهم : عمر بن الخطاب وابنه وابن

---

(١) الهداية جـ ٢ ص ٢٧ ، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٧٧ ، المهذب جـ ٢ ص ٥٠ ، الروض المربع ؛ ص ٣٩١ .

(٢) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٢٧٧ ، الروض المربع ص ٣٩١ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٦٠ .

عباس ، وبه قال : جابر والشافعى وإسحاق إلى أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة .

وأما الظاهرية : فقد ذهبوا إلى أنه لايثبت خيار الفسخ لأى من الزوجين بأى عيب من العيوب[1] .

والراجح : أن الرجل يحق له طلاق الزوجة لأى سبب من العيوب التى تمنع مقصود النكاح ، وأما الزوجة فيكون لها طلب الفسخ إذ أنها لاتستطيع ولا تملك الطلاق فلا سبيل لها لتخليص نفسها من عيوب الزوج إلا بالفسخ .

---

(١) المحلى جـ ١ ص ١٠٩

المبحث السادس

فى الأمور التى ينتهى بها خيار العيب

علمنا مما سبق أنه إذا وجد المشترى عيبا بالسلعة التى اشتراها كان له حق رد المبيع واسترداد العوض .

ولكن هذا الحق ينتهى بأمور نوضحها فيما يلى :

الأول : الرضا بالعيب[1] :

وذلك بأن يرضى المشترى بالعيب بعد علمه به، والرضا يكون بالقول، والفعل ، والسكوت . أما الرضا الصريح ، فهو أن يقول : رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أسقطت خيارى وما أشبه ذلك من الألفاظ المفيدة للرضا .

والرضا بالفعل ، أن يتصرف المشترى فى المبيع بعد علمه بالعيب تصرفا يدل على الرضا كما لو كان ثوبا فصبغه أو أرضاً فبنى عليها ، أو أن يركب الدابة المبيعة لحاجة نفسه ، ونحو هذا من الأفعال المشعرة بالرضا ، فكل ذلك يدل على الرضا ويبطل الرد ، أما إذا كان غير عالم بالعيب ، وتصرف هذه التصرفات المخرجة عن الملك ، فإن امتناع الرد فى هذه الحالة لا يكون بسبب الرضا بالعيب ، وإنما يكون لفوات المبيع فوتا معنويا . . هذا وقد تقدم القول عن دلالة السكوت على الرضا من عدمها .

وإنما كان الرضا مسقطا للرد ولا رجوع معه بالنقصان ؛ لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة فى العقد دلالة ، وإذا رضى بالعيب بعد العلم به كان ذلك دليلا على عدم اشتراط السلامة .

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٢٣٧ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ١١٠ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١١١ ، المغنى جـ ٤ ص ١٤٦ .

ولأن حق الرد ثبت لرفع الضرر عن المشترى ، فإذا رضى فقد ترك حق النظر لنفسه ورضى بالضرر ، ولزم العقد حينئذ باتفاق الفقهاء .

أما بالنسبة لما قد يستحقه من أرش العوض بسبب هذا العيب فاختلفوا فى ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية ، وهو أنه إذا رضى المشترى بالعيب لزمه العقد ، وليس له الرجوع على البائع بشىء فى مقابل ما نقص من المبيع بسبب العيب .

المذهب الثانى : وبه قال الحنابلة ، وهو أنه وإن رضى المشترى بالعيب واختار إمساك المبيع فإن له مع ذلك أخذ الأرش ولا مانع من ذلك .

استدل أصحاب المذهب الأول : بأن المشترى قد أسقط حقه بالرضا بالمبيع ، وما دام قد أسقط حقه ، فلا محل لمطالبته بالأرش ؛ لأن من حق البائع أن يقول : اردده على وخذ ثمنه .

وهذا مردود بأن الرضا بالعيب لا يعنى عدم أحقية المشترى فى أخذ الأرش ؛ لأنه قد ثبت للمشترى الحق فى المبيع سليما بمقتضى عقد المعاوضة ، فإذا فاتت صفة السلامة تعلق حقه بالأرش .

واستدل الحنابلة : بأن وجود العيب بمنزلة فوات بعض المبيع على المشترى فله أن يطالب بعوض الفائت قياسا على ما لو اشترى عشرة أقفزة من الحنطة فبانت تسعة .

الترجيح : والراجح فى نظرنا هو الرأى الثانى القائل : بالرجوع بأرش العيب على البائع قياسا على ما لو تعيب المبيع عند المشترى ، فليس له أن يرده من غير أرش للعيب الحادث إن طالب به[1] .

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٣٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٧٦ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١٢٥ ، المغنى جـ ٤ ص ١٤٧ .

الثانى : هلاك المبيع :

اتفق الفقهاء[1] على أنه إذا هلك المبيع المعيب بعيب لا يعلمه البائع فى يد المشترى سقط حقه فى خيار الرد سواء كان هلاك المبيع بسبب ذلك العيب أو غيره ، وسواء كان البائع قد دلس بالعيب أو لم يدلس . ومنهم : الحنفية ، والمالكية والشافعية والحنابلة ، والظاهرية والإمامية .

وإنما امتنع الرد فى هذه الحالة لفوات المردود وعدم إمكان رده .

ويدخل ضمن هلاك المبيع خروج المبيع عن ملك المشترى ؛ لأن ذلك فوات للمبيع حكماً ، إلا أنه ينبغى أن يعلم أن خروج المبيع عن ملك المشترى قد يكون بعوض كالبيع ، وقد يكون من غير عوض كالهبة ، فإن خرج بالبيع عن ملك المشترى بعوض ، وكان قد باعه قبل علمه بالعيب ، فذهب الفقهاء إلى أن المشترى الأول ليس له رد المبيع بالعيب فى الحال ، ولكن هل يطالب بالأرش؟[2] .

اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول : أن المشترى الأول لا يرجع بالأرش على البائع فى الحال ، وهذا مذهب الحنفية وهو المذهب عند الشافعية ، وبه قال الخرقى والقاضى من الحنابلة .

الرأى الثانى : أنه يجوز للمشترى أن يطالب بالأرش فى الحال ، وهو ظاهر مذهب الحنابلة ، ونقله ابن رشد عن ابن عبد الحكم ، وهو رأى مرجوح للشافعية .

---

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٨١ ، الخرشى ج ٤ ص ٤٥ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٥٤ ، المغنى ج ٤ ص ٢٤٩ ، المحلى ج ٩ ص ٧٠ ، فقه الإمام جعفر ج ٣ ص ٢٢٧ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٦٨ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ١٣٢٥٥ ، المجموع جـ ١٢ ص ٣١٩ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٢٥ بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٧٩ ، المغنى جـ ٤ ص ١٤٨ .

الرأى الثالث : وهو التفصيل فى ذلك ، فإن باع المشترى المبيع المعيب قبل علمه بالعيب لأجنبى ولم يرد المبيع إلى المشترى ، فليس له الرجوع على البائع بالأرش سواء باعه بمثل الثمن الذى اشتراه به أولا ، وإن باعه المشترى للشخص الذى اشتراه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالأرش .

وإن وقع البيع الثانى بأقل من الثمن فى البيع الأول رجع عليه بقيمة العيب ، وإن باعه بأكثر من الثمن الذى اشتراه به ، فإن كان البائع الأول غير مدلس رد البيع على المشترى الأول ثم رده المشترى على البائع الأول إن شاء ، ويأخذ ثمنه ، وإن كان البائع الأول مدلساً لم يرجع على الثانى بشىء[1] .

الأدلة :

أما أصحاب المذهب الأول ، فقد استدلوا على عدم جواز الرد فى الحال بأن الضرر قد زال عن المشترى ببيعه المبيع ، وربما يعود فيتمكن من الرد ، والأرش إنما يكون إذا امتنع الرد .

واستدل من قال بجواز المطالبة بالأرش فى الحال ، بأن الأرش بدل عن جزء فائت من المبيع وهو لا يسقط بالبيع .

ويرد عليه : بأننا وإن سلمنا بأن العيب بمنزلة فوات جزء من المبيع فلا نسلم سقوطه بالبيع بل يسقط هذا الجزء بالبيع ؛ لأن المشترى قد أخذ عوضاً عن المعيب .

وأما أصحاب المذهب الثالث وهم المالكية ، فقد استدلوا على ثبوت الأرش فى الصور التى قالوا بثبوته فيها ، وهى ما إذا باعه المشترى لبائعه

---

(١) نظرية الفسخ فى الشريعة الإسلامية ص ٤٤٨ . وما بعدها .

بأقل من الثمن الذى اشتراه به بأن المشترى قد بذل الثمن فى مقابلة مبيع سليم ، فإن باعه بأقل مما اشتراه به فإن الناقص فى مقابلة العيب فيرجع به على البائع الأول .

ويرد على هذا : بأن المعنى الموجود فيما لو باع المشترى لشخص آخر غير الذى اشتراه منه وهم لا يقولون بالرجوع فيها[1] .

الترجيح :

والراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول ، وهو أن المشترى لايطالب بالأرش فى الحال ، وإنما ينبغى انتظار ماذا سيؤول إليه أمر البيع هذا ، فإن فسخ المشترى الثانى البيع بسبب العيب ورد المبيع على المشترى الأول ، فله أن يرد المبيع على البائع الأول باتفاق فقهاء المذاهب إن حصل الرد بحكم القضاء .

فإن حصل الرد بتراضى العاقدين فله أيضاً الرد عند المالكية والشافعية والحنابلة .

وخالف الحنفية فى هذا وقالوا : إنه ليس للمشترى الأول أن يرد المبيع على بائعه فى هذه الحالة .

أما من قال بالرد وهم الجمهور : فقد استدلوا على هذا بأن المشترى إنما يمتنع رده إن عجز عن الرد لكنه هنا غير عاجز إذ الرد ممكن لعودة المبيع[2] .

واستدل من قال بعدم الجواز وهم الحنفية : بأن الفسخ إن حصل

---

(١) المرجع السابق ص ٤٤٩ .

(٢) المغنى ج٤ ص ١٥٧ .

بتراضى العاقدين كان بيعاً جديداً فى حق البائع الأول ، ومن ثم فلا يجوز رد المبيع[1] .

ويرد عليه : بأن هذا مبنى على أن الإقالة فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق ثالث وليس هذا متفق عليه .

هذا إذا كان المشترى قد باع المعيب قبل علمه بالعيب ، أما إذا كان البيع له بعد علمه بالعيب فليس له حق رد المبيع على البائع الأول ؛ لأن تصرفه فيه بعد علمه بالعيب دليل على رضاه به فيسقط حقـــه فى الرد ، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة المعروفة[2] .

ولكن إذا امتنع عليه رد المبيع لهذا ، فهل يكون له الرجوع بالأرش ؟ فيه الخلاف السابق فيما إذا رضى المشترى بالمبيع المعيب .

وهذا التفصيل فى المبيع المعيب الذى خرج عن ملك المشترى بعوض ، أما إن خرج عن ملكه بدون عوض كالهبة ، فقد اتفق فقهاء المذاهب على أنه ليس للمشترى أن يفسخ البيع لامتناع الرد ولكن اختلفوا فى رجوعه بأرش العيب على البائع على مذهبين :

المذهب الأول : عدم رجوع المشترى على البائع بالأرش ، وبهذا قال الحنفية وهو المعتمد عند الشافعية ورواية فى مذهب الحنابلة .

المذهب الثانى : يكون للمشترى الرجوع بالأرش ، وهو مذهب المالكية والحنابلة فى رواية أخرى .

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بعدم الرجوع بالأرش : بأن

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٦٠ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ٦٠ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٢٥ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١٢٥ ، المغنى جـ ٤ ص ١٥٧ — ١٥٨ .

الرد هنا امتنع بسبب فعل صادر من قبل المشترى ، فيصير المشترى حابساً للمبيع بفعله وممسكا له فليس له أن يرجع بالأرش كما لو رضى بالعيب .

واستدل من ذهب إلى أن المشترى له الرجوع ، بأنه لم يستدرك ظلامته فيكون له الرجوع .

ويرد عليه : بأن المشترى وإن كان لم يستدرك ظلامته إلا أن هذا ممكن لعدم اليأس من الرد .

وإذا كان المانع من الرد هو فوات المبيع المعيب ، فإنه إذا ما رجع إلى الواهب وهو المشترى ، فهل له أن يرده على البائع بسبب العيب ؟

فيه خلاف بين الشافعية[1] والحنابلة :

فذهب الشافعية إلى أن المشترى أن يرد المعيب الذى رجع إليه إلى البائع ، وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعية .

وذهب الحنابلة إلى أنه ليس له الرد .

ودليل مذهب الشافعية : أن المبيع إذا عاد إلى المشترى كان قادراً على الرد ، فيثبت له الحق لوجود مقتضيه .

ودليل مذهب الحنابلة : أن المشترى متى أخرج المبيع من ملكه سقط حقه فى الرد والساقط لا يعود .

ويرد على هذا : بأن الحق فى الرد لم يسقط بل كان موقوفاً ، هذا إن كانت الهبة قبل علم المشترى بالعيب ، أما إن وقعت بعد العلم به فإنها تكون رضا ، ولا يجوز له أن يرد بعد ذلك ، ولو عاد إليه وفى الرجوع بالأرش ما تقدم فيما إذا اختار تقرير البيع بعد علمه بالعيب .

والراجح : هو قول الشافعية لسلامة أدلتهم وقوتها .

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ١٦٢ .

الثالث : زوال العيب قبل الفسخ :

فإذا زال العيب من المبيع قبل الرد ، فذلك مانع من الرد ؛ لأن العيب إذا زال لم يكن هناك ضرر على المشترى ، ومن ثم فلا وجه لبقاء الخيار إلا إذا قال أهل الخبرة باحتمال عوده ، فإن كان الأمر كذلك فإن زواله فى هذه الحالة لا يكون مانعاً من الرد ، وهذا قول المالكية والزيدية والإمامية والأصح عند الشافعية[1] .

وخالف ابن حزم فى هذا فقال : بأن الخيار لا يسقط[2] بزوال العيب قبل الرد ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير رضا المشترى وهذا الذى ذهب إليه ابن حزم هو قول عند الشافعية[3] .

ويرد على هذا : بأن الحكم ثبوت الخيار يدور مع علته وجوداً وعدماً[4] .

ويتفرع على هذا : بأنه إذا بادر البائع إلى إصلاح العيب قبل أن يفسخ المشترى سقط خياره ، لأن ضرر العيب قد زال بإصلاح البائع حيث لم يترتب على إزالة البائع للعيب ضرر .

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور ، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر المترتب على وجود العيب وقد زال العيب وزال الضرر بزواله فيزول الحكم المترتب عليه وهو الخيار ، ومتى زالت العلة زال المعلول ، وهذا معنى قول الأصوليين: الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً[4] .

---

(١) راجع الخرشى جـ ٤ ص ٤٥ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٦١ ، فقه الإمام جعفر جـ ٣ ص ٢٢٥ ، المهذب جـ ١ ص ٢٨٢ .
(٢) المحلى جـ ٩ ص ٧٦ .
(٣) المجموع ج ١٢ ص ٦١ .
(٤) المرجع السابق ج ١٢ ص ١٦٣ .

الرابع : حدوث عيب جديد بالمبيع بعد دخوله فى ضمان المشترى :

فإن كان هذا العيب الحادث فى المبيع بسبب النقص الحادث فى قيمته لاختلاف الأسواق ، فلا خلاف فى أن هـذا العيب وجوده كالعدم ، وإن كان العيب يسيراً لا تتفاوت بمثله القيمة ، ولا ينقص العين ولا المنفعة فهو أيضاً فى حكم العدم[1] .

أما إذا كان النقص الحادث فى عين المبيع وهو مؤثر ثم اطلع المشترى على عيب قديم فيه ، فإما أن يكون هذا النقص بمعنى لا يقف استعلام المبيع على جنسه وهو ما يمكن الاطلاع على عيبه بدون تغييره ، وإما أن يكون النقص بمعنى يقف استعلام المبيع على جنسه وهو ما لا يمكن الاطلاع على عيبه إلا بتغييره . فهما حالتان وتحت كل حالة منهما مسألة :

المسألة الأولى : النقص فى المبيع لمعنى لا يتوقف استعلام العيب على جنسه :

وهذا العيب الذى لا يتوقف استعلام العيب على جنسه فى المبيع منه عمى الدابة وعرجها وما شابه هذا ـ وحكم هـذا النوع من العيب أنه يختلف حكمه باختلاف حدوث العيب قبل القبض أو بعـده ، فلا بد من معرفة حدوث العيب وهل كان قبل القبض للمبيع أم بعده ؟

العيب الحادث قبل القبض :

للفقهاء فى هذا النوع من العيب أربعة مذاهب :

---

(١) المجموع جـ ١٢ ص ٢٣٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٨٠ ، المبسوط جـ ١٣ ص ١٢٣ .

المذهب الأول : وبه قال الحنفية والشافعية [١] ، وهو أن المبيع قبل القبض يكون فى ضمان البائع حتى يقبضه المشترى ، فإذا طرأ عليه قبل القبض عيب أو نقص ، فإما أن يكون بآفة سماوية أو بجناية المشترى على المبيع .

فإن كان بآفة سماوية فهو مخير بين الإمساك بجميع الثمن لأنه رضيه معيباً ، فكأنه اشتراه معيباً عالماً بعيبه فليس له أن يطالب برد شيء من الثمن فى نظير هذا العيب وله أيضاً حق رد المبيع على البائع وأخذ الثمن ؛ لأنه إذا هلك المبيع كله فليس له إلا الثمن فأولى إذا هلك بعضه ، وهذا عند الشافعية.

أما الحنفية ، فإنهم يفرقون بين نقصان القدر كالعمى والعرج والجرب — مثلا — ونقصان الوصف كأن تكون السيارة المبتاعة أمريكية أو يابانية أو إنجليزية وأن تكون موديل كذا أو كذا فإن كان النقص راجعا إلى القدر فهو مخير النظارين بين أخذ الباقى بحصته من الثمن أو أن يترك المبيع ويفسخ العقد.

وإن كان النقص بجناية ، فإن كان بفعل المشترى فيمتنع لأن النقص بفعله وجنايته على المبيع بمثابة قبضه إياه ، وإن كان بفعل البائع ، فللمشترى الخيار ، وإن كان بفعل أجنبى ، فللمشترى الخيار ، فإن شاء رضى بجميع الثمن واتبع الجانى ، وإن شاء فسخ العقد واسترد الثمن واتبع البائع الجانى .

وخلاصة ما ذهب إليه الحنفية والشافعية : أن الجناية إذا كانت من المشترى على المبيع امتنع رده وإن كانت من البائع أو من أجنبى فلا يمتنع الرد .

المذهب الثانى : وبه قال المالكية وظاهر مذهب الحنابلة [٢] : وهو أن المبيع الذى فيه حق توفية بأن كان مكيلا أو موزوناً أو معدوداً ، فإن مثل

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٨٣ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٩٩ – ٥٠٤ ، الأم ج ٣ ص ٦٩ .

(١) حاشية الدسوقى ج ٣ ص ١٥٠ ، الشرح الصغير ج ٣ ص ١٥٦ ، المغنى ج ٤ ص ٢١٧ – ٢١٩ .

هذا المبيع يدخل فى ضمان البائع حتى يقبضه المشترى وما ليس فيه حق توفية ، فهو يدخل فى ضمان المشترى بالعقد الصحيح اللازم ولو لم يقبضه من البائع .

أما ما فيه حق توفية وهو من ضمان البائع حتى يقبضه المشترى ، فإن حدث له نقص قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الرد وأخذ الثمن أو إجازة البيع ولا شىء له وهذا عند المالكية . وأما الحنابلة فإنهم يجيزون المشترى أن يمسك المبيع ويطالب البائع بالأرش .

وإن كان العيب بجناية ، فهى إما أن تكون من المشترى أو من البائع أو أجنبى .

فإن كان العيب أو النقص بجناية المشترى ، فإن جنايته بمثابة قبضه إياه فيمتنع الرد بالعيب القديم ، وإن كان بفعل البائع ، امتنع الرد ويلزمه أن يغرم الأرش بمقدار النقص بالعيب ، وهذا عند المالكية ، وعند الحنابلة - كما هو القياس فى مذهبهم - أنه لا يمتنع الرد بل يخير المشترى بين الفسخ وأخذ الثمن أو الإمساك والرجوع على البائع بالأرش . وإن كانت الجناية بفعل أجنبى فعند المالكية يمتنع الرد ويغرم الأجنبى الأرش ، وعند الحنابلة لا يمتنع الرد وللمشترى الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن ويتبع البائع الجانى أو الإمساك بجميع الثمن ويتبع المشترى الجانى بالأرش .

وأما ما ليس فيه حق توفية ، فإن المشترى يضمن المبيع بالعقد الصحيح اللازم ولو لم يقبضه فيمتنع الرد بالعيب .

وخلاصة ما ذهب إليه المالكية والحنابلة : أن ما فيه حق توفية إذا حدث النقص بفعل المشترى امتنع الرد ؛ لأن فعله هذا بمثابة القبض وهذا يمنع الرد ، وإن كان بفعل غيره امتنع الرد مطلقاً عند الحنابلة ولا يمتنع الرد عند المالكية إن كان بآفة سماوية ، فإن بفعل غير المشترى امتنع الرد .

وأما ما ليس فيه حق توفية ، فإن حدث به نقص قبل القبض امتنع

الرد ، وعلى المشترى أن يتبع الجانى بائعاً كان أو أجنبيا بأرش النقص ، لأن المبيع فى ضمانه من وقت انعقاد العقد صحيحاً لازما .

المذهب الثالث : وبه قال الزيدية : وهو أن الجناية إذا حدثت قبل القبض ، فإما أن تكون من المشترى أو غيره ، فإن كانت الجناية من المشترى فهى بمثابة قبض المبيع ، فيمتنع الرد وليس له إلا أرش النقص بالجناية ، وإن كان غيره لم ينفسخ البيع فى الباقى بل يكون الفسخ قاصراً على الجزء التالف فقط ، إذ لا وجه ينتقص به المبيع ، لكن إذا تعيب بالانفراد كفردة النعل والباب ثبت خيار العيب . وخلاصة مذهب الزيدية أن نقص المبيع قبل القبض يمنع الرد بالعيب[1] .

المذهب الرابع : وبه قال الظاهرية : وهو أن المشترى يمتنع عليه رد المبيع على البائع مطلقاً[2] .

الأدلة ومناقشتها :

أدلة المذهب الأول القائل : إن المبيع فى ضمان البائع إلى أن يقبضه المشترى :

استدلوا على ذلك من السنة . ومنها :

١ — ما رواه الشيخان : أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه »[3] .

ومعنى هذا : أن النبى ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يقبض ، فيدخل فى هذا المعنى كل ما لم يقبض من طعام وغيره ، بدليل أنه ﷺ قال لعتاب ابن أسيد حين وجهه إلى مكة : « انههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم

(١) البحر الزخار جـ ٨ ص ٣٦٩ .

(٢) المحلى جـ ٨ ص ٣٧٩ .

(٣) صحيح البخارى جـ ص ٦٠ .

يضمنوا » ، فيقاس على ذلك كل ما لم يقبض بجامع أن كلا منهما بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن .

٢ - ما روى أنه ﷺ قال لحكيم بن حزام : « لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه » رواه البيهقي . وقال : إسناده حسن متصل[1] . فقد نهى ﷺ حكيم ابن حزام عن بيع أي شيء حتى يقبضه .

ووجه الدلالة : أنه لا معنى للنهي عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن إلا أنه لم يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض ، فكل عيب حدث في المبيع عند البائع قبل القبض فهو من ضمانه ولا يمتنع به الرد ، لكن المشتري إذا أحدث بالمبيع تلفاً قبل القبض فهو بمنزلة قبضه فيمتنع الرد بجنايته على المبيع .

وأما ما روى عن ابن عمر من أنه كان يقول : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع[2] أي المشتري ، وهذا يقتضي أن يكون المبيع قبل القبض من ضمان المشتري فهو قول صحابي معارض بما هو أقوى منه فلا يحتج به على امتناع رد المشتري المبيع على البائع بالعيب قبل القبض .

دليل المذهب الثاني القائل : بأن ما فيه حق توفية ، فهو من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .

استدل أصحاب هذا القول بالسنة والإجماع وقول الصحابي :

أما السنة فمنها : ما سبق أن ذكرنا من نهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه .

---

(١) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٦٨ .

(٢) ورد في البخاري : « ما أدركت الصفقة حيا مجموعاً فهو من المبتاع » بدون لفظ مضت - البخاري جـ ٣ ص ٦٠ .

وأما الإجماع : فقد قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يستوفيه ، ولو دخل فى ضمان المشترى جاز بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض .

والطعام لا يكاد يخلو من كونه مكيلا أو موزونا أو معدوداً ، فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل .

وما عدا المكيل والموزون والمعدود مما ليس فيه حق توفية فهو من ضمان المشترى ولو لم يقبضه لحديث (الخراج بالضمان)[1] وإذا كان هذا المبيع نماؤه للمشترى فضمانه عليه[2] .

وأما قول الصحابى : فما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع » ووجهه أن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية وهو من ضمانه بعد قبضه ، فكان من ضمانه قبله كالميراث ، وتخصيص النبى ﷺ الطعام بالنهى عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له .

ويرد على هذا الاستدلال : أن التفريق بين ما فيه حق توفية فيكون من ضمان البائع وما ليس فيه حق توفية فيكون من ضمان المشترى غير مسلم ؛ لأن الأدلة التى ورد فيها النهى عن بيع الطعام حتى يقبض لا مفهوم له ، فقد وردت نصوص أخرى عامة تنهى عن بيع كل ما لم يقبض وعن بيع ما لم يضمن ، وغير ذلك من الأحاديث فيكون تخصيص الطعام دون غيره بضمان البائع حتى يقبض باطل .

كما لا نسلم أن قول ابن عمر خاص فى المعين المبتاع جزافا وليس فيه حق

(١) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى جـ ٤ ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ .
(٢) المغنى جـ ٤ ص ٢١٨ .

تولية ، فاللفظ عام يشمل كل صفقة وهذا ما فهمه الإمام أحمد[١] . فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب أن يحمله فرجع وقد احترق الطعام ، فهو من مال المشترى .

دليل المذهب الثالث : استدل أصحاب هذا المذهب بالمعقول :

فقالوا : إن البيع لا ينفسخ بجناية غير المشترى إلا في القدر التالف فقط ويبقى البيع في الباقى على ملك المشترى إذ لا وجه ينتقض به ، إلا إذا أحدث المشترى بالمبيع جناية ، فإنها تكون بمنزلة قبضه إياه فتكون الجناية وكأنها حدثت بعد القبض فتمنع الرد .

ويرد على هذا : أننا لا نسلم أن تكون جناية غير المشترى لا تفسخ البيع إلا في القدر التالف فقط وأنه لا وجه للقول : بأن المبيع ينتقض في الباقى ويظل على ملك المشترى ، بل نقول : هناك وجه ينتقض به البيع وهو قيام الدليل على ثبوت الخيار للمشترى إذا كان في المبيع عيب ، والعيب موجود فلو ألزمناه بالمبيع معيباً بغير رضاه لاختل ركن الرضا .

دليل المذهب الرابع : وهو منع رد المشترى المبيع مطلقاً ، وذلك لأن البيع إذا انعقد فقد انعقد لازما تاما ، ويدخل المبيع في ضمان المشترى بالعقد الصحيح اللازم ولو لم يقبضه لأن هذا ما يقتضيه الملك .

ويرد عليه : أن المبيع من ضمان المشترى مطلقا ؛ لما ثبت من أدلة القول الأول أن المبيع من ضمان البائع قبل القبض .

الترجيح : وبعد ، فقد استعرضنا الآراء والأدلة ومناقشتها ، ومن هذا يتضح لنا رجحان المذهب الأول الذى يقضى بأن المبيع يكون من ضمان

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٢١٧ .

البائع حتى يتم القبض ، فإذا حدث به نقص قبل تسليمه للمشترى فيكون من حق المشترى رد المبيع بسبب العيب ، وذلك للأدلة التى وردت فى النهى عن بيع الطعام وغيره قبل القبض حيث إنه لم يدخل بعد فى ضمان المشترى إلا إذا كان النقص الذى حدث به قبل القبض بجناية المشترى عليه فتكون هذه الجناية بمثابة القبض له فيمتنع الرد حينئذ . والله أعلم .

المسألة الثانية : إذا حدث النقص بعد القبض ثم اطلع المشترى على عيب قديم بالمبيع :

هذه المسألة فيها تفصيل . ذلك : لأن العيب – كما سبق أن ذكرنا – إما أن يكون لمعنى لا يتوقف استعلام العيب على جنسه كالعمى والعرج فى الدابة أو يكون العيب القديم متوقفاً على جنس العيب الحادث كالبطيخ والقثاء والبيض ونحوها مما يكون مأكوله فى جوفه .

فإن كان العيب من النوع الأول ، فقد أجمع الفقهاء على أنه إذا رضى البائع بأن يرد عليه المبيع من غير أرش للعيب الحادث عند المشترى ، فيكون للمشترى فى هذه الحالة إما أن يمسك المبيع ولا يرجع بشىء وإما أن يرده على بائعه مع فسخ العقد من غير أرش للعيب .

واتفقوا أيضاً : على أنه إذا تراضى كل من البائع والمشترى على إمساك المبيع مع أخذ الأرش عن العيب القديم أو الرد مع أرش العيب الحادث ، فهذا جائز لأن الحق للعاقدين لا يعدوهما ، والعقد شريعة المتعاقدين .

أما إذا اختلف كل من البائع والمشترى فطلب أحدهما فسخ العقد ورد المبيع مع أرش العيب الحادث وطلب الآخر بقاء العقد ونفاذه مع أرش العيب القديم ، فقد اختلف الفقهاء فى هذا على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : أن من طلب منهما إمساك المبيع ، فإنه يجاب إلى طلبه ،

بمعنى أن العيب الحادث يعتبر مانعاً من الرد ، وبهذا قال الحنفية والشافعية في الأصح عندهم ورواية للحنابلة . وهو أيضاً مذهب المالكية إذا كان العيب الحادث مخرجاً للمبيع عن الغرض المقصود منه[1] .

المذهب الثاني : وهو رواية عند الحنابلة ، ووجه للشافعية ان المشترى يبقى على خياره فيكون له فسخ البيع ورد المبيع مع أرش العيب الحادث أو إمساك المبيع والرجوع بأرش العيب القديم ، وبهذا قال المالكية : إذا كان العيب الحادث متوسطاً .

المذهب الثالث : ووجه ثالث للشافعية أن البائع يجاب إلى طلبه ، فإن طلب رد المبيع مع أرش الحادث رده المشترى ، وإن طلب إمضاء البيع مع دفع أرش العيب القديم أجابه المشترى إلى طلبه أيضاً . وحكى ابن رشد أن هذا الذى ذهب إليه الشافعية هو قول في مذهب المالكية .

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة العقلية الآتية :

أولا : أن القول بإجابة طالب الإمساك تصحيح للعقد ولزومه وهو أولى من فسخه .

ثانيا : أن الرجوع بأرش العيب القديم يستند إلى أصل العقد ، لأن مقتضاه ألا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة المبيع السليم ، بخلاف أرش العيب الحادث ، فإنه أدخل شيئاً جديداً لم يكن في العقد ، فكان الإمساك

---

(١) المبسوط ج ١٣ ص ١٢٣ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٠ ، المجموع ج ١٢ ص ٢٣٥ ، البحر الرائق ج ٦ ص ٥١ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٢٧ ، المغنى ج ٤ ص ١٤٨ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ١٣٠ .

مع أرش القديم أولى من الرد مع أرش الحادث .

دليل المذهب الثانى :

واستدل أصحاب هذا المذهب : بأن المشترى قد ثبت له خيار العيب قبل حصول العيب المستحدث فيبقى له حق الخيار بعده عملا بالأصل وإبقاء لما كان على ما كان إلا إذا قام دليل على خلاف هذا ولم يوجد هذا الدليل .

وهذا غير مسلم ، فإن العيب الحادث أخرج ما كان عما كان عليه ، وقد قام الدليل على أنه يمتنع خيار الرد مع حدوث العيب .

دليل المذهب الثالث :

واستدل أصحاب هذا المذهب : بأن رعاية مصلحة البائع أولى ، لأنه غارم إن هو اختار إمضاء البيع بدفع أرش العيب القديم ، وإما آخذ لشىء لم ينص عليه فى العقد إن اختار الفسخ وأخذ أرش العيب الحادث .

وهذا أيضاً غير صحيح ، لأنه لو صح هذا لصح فيما إذا اطلع المشترى على عيب قديم ولم يحدث عنده عيب جديد ، فإن مقتضى هذا الدليل أن يكون القول للبائع فى الإمساك أو الرد لأنه غارم مع أن هذا خلاف مذهب المستدل .

الترجيح : ومن خلال عرض الآراء وأدلتها ، يترجح لنا القول الأول الذى يرى خيار الرد بالعيب القديم ، لأن خيار الرد إنما شرع لإزالة الضرر ، وفى الرد على البائع مع تعيب المبيع بعيب آخر إضرار به لأن المبيع خرج عن يده معيباً بعيب واحد ويعود إليه بعيبين . والضرر لا يزال بالضرر .

ويستثنى من ذلك : بيع الربوى بجنسه كأن يبيع شخص لآخر صاعا من تمر بمثله ثم يطلع أحد العاقدين على عيب فيما أخـــذه بعد حدوث عيب

جديد في يده ، والأصح في هـــذه الحالة أن يفسخ البيع ويرد كل من العوضين إلى صاحبه ويغرم العاقد أرش الحديث ولا يجوز إمساك مع أرش القديم لما يترتب عليه من ربا .

وقال ابن سريج ـ من الشافعية : يفسخ البيع ويغرم المشترى قيمة المبيع من غير جنسه معيباً بالعيب القديم سليما من العيب الحادث تشبيهاً بالمأخوذ على جهة السوم .

ومن الشافعية من لا يفرق بين الربوى وغيره ؛ لأن المماثلة إنما تشترط في ابتداء العقد . هذا إن علم العاقد بالعيب القديم قبل تلف المبيع ، فإن علم بعد التلف فالصحيح أن البيع ينفسخ ويسترد صاحب العوض الباقى عوضه ويغرم بدل التالف[1] .

أما إذا كان العيب من النوع الثانى ، وهو أن يتوقف العلم بالعيب القديم على جنس العيب الحادث كالبطيخ والقثاء والبيض ونحوها من كل ما كان مأكوله في جوفه ، فهذا لا يخلو حاله من أمرين :

الأمر الأول : أن تذهب منفعته المقصودة .

الأمر الثانى : أن لا تذهب هذه المنفعة .

وبالنسبة للأمر الأول : فإما أن يظهر المبيع ليس له قيمة قبل العيب الحادث كما إذا كان المبيع بيض دجاج كسره فوجده فاسداً أو يظهر أن له قيمة ولو تافهة .

أما الأول ، فقد اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين :

---

(١) المجموع ج ١٢ ص ٢٨٤ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٢٦ ، المغنى ج ٤ ص ١٦٤ .

المذهب الأول : أنه إذا تبين بأن العيب الحادث ليس له قيمة فى فساده وأن المبيع كان فاسداً قبل حدوثه ، فإن المشترى من حقه أن يرجع على البائع بجميع الثمن ولا شىء عليه بسبب العيب الحادث مطلقاً ، وهو مذهب جمهور الفقهاء ومنهم : الحنفية والمالكية والشافعية وهو الراجح عند الحنابلة .

المذهب الثانى : أن المبيع يلزم المشترى دون أن يرجع بأرش العيب على البائع ، وهو مذهب الحنابلة فى رواية ووافقهم المالكية فى المشهور من مذهبهم فيما سوى البيض[1] .

وحجة الجمهور فيما ذهبوا إليه أن المبيع فى هذه الحال ليس بمال متقوم فيكون البيع فاسداً من أصله ؛ لأن من شروط صحة البيع أن يكون المبيع مالا متقوما[2] .

واستند الحنابلة[3] ومن وافقهم على صحة البيع ولزومه : بأن البائع لم يحصل منه تدليس أو غش لكون العيب مستوراً ولا يمكنه الوقوف عليه ، فلو قلنا بأحقية رجوع المشترى على البائع بالثمن لكان فى هذا إضرار للبائع من غير موجب يرجع إليه .

وهذا غير مسلم ؛ لأننا قد تبينا بالكسر أن المبيع كان فاسداً وهو فى ضمان البائع فصار كما لو تلف بآفة قبل العقد .

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١١٣ .
(٢) المجموع جـ ١٢ ص ٢٩٤ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١٢٨ ، المبسوط جـ ١٣ ص ١١٤ .
(٣) المغنى جـ ٤ ص ١٦٧ .

فيكون المذهب الراجح : هو ما ذهب إليه الجمهور ؛ لأن محل العقد مال غير متقوم فلا يصح بيعه ، وبناء عليه فيسترد المشترى جميع الثمن إن كان قد دفعه ولا يطالب به إن كان لم يدفعه[1] .

وأما إن كانت له قيمة تافهة لا يعتد بها بعد حدوث العيب كبقاء بعض المنافع التى لا تقصد من شراء مثل المبيع عادة كالنقش على البيض الفاسد أو لعب الأطفال ، فهذه منفعة لا قيمة لها ولا يعتبر وجودها مسوغا لإيراد العقد عليها ، ومن ثم فيكون حكم العقد عليها حكم العقد الأول وهو بطلان العقد .

وخالف بعض الشافعية فى هذا ؛ وذلك لأن لهم فى هذه المسألة أربعة أوجه :

الوجه الأول : أن البيع غير صحيح لعدم مالية المبيع ، وهذا هو الوجه الصحيح .

الوجه الثانى : أن البيع صحيح ، وبظهور العيب ينفسخ العقد ويسترد المشترى جميع الثمن .

ويظهر الفرق بين الوجهين فى بعض الفروع . منها : أنه لو حلف إنسان ألا يشترى فى هذا اليوم ثم اشترى بيضاً فاسداً فعلى الأول لا يحنث .

---

(١) ومن الفقهاء من يرى أن المشترى يرجع بجميع الثمن لا لكون العقد فاسداً من أصله ، لكن على سبيل استدراك الظلم قياساً على ما لو نقص جزء من أجزاء المبيع ، فإن المشترى يرجع بأرش النقص ، فكذا إن فات المبيع يرجع بالثمن .

ويرد على هذا : بأن الفرق واضح فى المسألتين فإن المبيع إن فات منه جزء فإن الباقى مال متقوم فيصح أن يرد عليه العقد بخلاف مسألتنا .

ووجه صحة العقد أن المبيع لم يخل عن منفعة ، ووجه انفساخه بطلان مالية المبيع بعد العيب .

ويرد على هذا : أن المنفعة هنا غير مقصودة فهى فى حكم العدم شرعا .

الوجه الثالث : أن البيع صحيح ، ولا ينفسخ بعد ذلك ، ولكن يرجع المشترى بالأرش وهو هنا جميع الثمن .

الوجه الرابع : البيع صحيح ولا ينفسخ بظهور العيب ، ولا يسترد المشترى الثمن بكماله ، بل يرجع بالفرق ما بين قيمة المبيع سالم الجوف وفاسده قبل الكسر اعتباراً بسائر العيوب ، وهذا لا يصح لما سلف أن المبيع مال متقوم فلا يصح أن يكون محلا للعقد .

والراجح : هو القول بعدم صحة البيع ، لأنه تبين أن المعقود عليه وهو المبيع فاسد وقت العقد وهذا يقتضى فساد البيع وهو ما ذهب إليه الجمهور بالنسبة للمبيع الذى كانت منفعته منتفية أو تافهة قبل حدوث العيب الجديد كقشر الجوز - مثلا - لأن مالية الجوز باعتبار ما فى جوفه .

أما إن كان للمبيع بعد العيب الحادث منفعة تقصد فى العادة كبيض النعام[1] ، فإن قشره مال متقوم . ومثل هذا : المأكولات التى تقصد لعلف الدواب ، فإذا كان المبيع بيض النعام فكسره المشترى ، فإن كان قد كسره بالقدر الذى لابد منه لمعرفة العيب الذى بداخل البيض ، فالأظهر عند الشافعى وظاهر مذهب الحنابلة : أن الخيار يثبت للمشترى بالعيب القديم ، ولا يكون العيب الحادث له أى اعتبار فى منع الخيار .

وذهب الحنفية والمالكية وهو قول مرجوح للشافعى ورواية ضعيفة للحنابلة : إلى أنه لا خيار للمشترى بسبب العيب الحادث .

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٥٩ ، المجموع جـ ١٢ ص ٢٩٨ .

ووجهة نظر أصحاب المذهب الأول : أن الخيار قد ثبت للمشترى بالعيب القديم فوجود العيب القديم مقتضى لثبوت الخيار ، والعيب الحادث لا يعتبر مانعا من الرد لأنه لا يمكن الوقوف على العيب القديم إلا به .

ووجهة نظر أصحاب المذهب الثانى وهم الحنفية[1] ومن وافقهم: أن القول بجواز الرد فيه إضرار بالبائع ؛ لأن المبيع قد تعيب بعيب جديد فى يد المشترى .

ويرد على هذا : بأنه لو امتنع الرد لكان فيه إضرار بالمشترى حيث يلزمه البيع معيبا ، والضرر يزال فيكون له رد المبيع .

ولا يقال : إن ضرر المشترى يزال بأخذ الأرش عن العيب القديم ؛ لأنه يقال أيضا : إن ضرر البائع يزال بأخذ الأرش للعيب الحادث .

يبقى بعد هذا: أن المشترى معذور فى إحداث هذا العيب ؛ لأنه لا يتمكن من الوقوف على العيب القديم إلا بهذا الطريق .

الترجيح : إذا ثبت أن المشترى لم يبذل الثمن إلا فى مقابلة المبيع سليما من العيوب فيكون الراجح هو ماذهب إليه الجمهور ، فإذا كان بالمبيع عيب قديم قبل التعاقد فقد ثبت له خيار الرد بالعيب ولا يعتبر مانعا من الرد وجود العيب الحادث الذى فرضته المصلحة لمعرفة ماإذا كان المبيع سليما أولا .

ولكن إذا ثبت له حق رد المبيع وبه هذا العيب الحادث ، فهل للبائع أن يطالب المشترى بالأرش فيجب أن يدفع المشترى أرش العيب الحادث ؟

فى هذه المسألة خلاف بين الفقهاء نذكره فيما يلى :

قال أكثر الشافعية : إن المشترى لا يلزمه أرش للعيب الحادث وبه قال بعض الحنابلة .

---

(١) المبسوط جـ ١٣ ص ١١٥ .

وقال الحنابلة فى الراجح عندهم : إن المشترى يلزمه الأرش ، ورجح هذا الرأى الإمام الغزالى من الشافعية .

أما من ذهب إلى القول بعدم الأرش ، فقد استند إلى أن المشترى معذور بفعله لأنه حصل بطريق استعلام العيب .

وأما من قال بلزوم الأرش ، فاستند إلى قياس[١] رد المبيع بالعيب مع الأرش على المصراة بجامع أن كلا من العيب هنا والتصرية عيب لا يمنع الرد وبما أن المصراة ترد ومعها الأرش فكذلك هنا .

ويرد على هذا : بأن هذا القياس غير مطابق ؛ لأن المشترى فى المصراة ينتفع باللبن غالبا بخلاف العيب هنا ، ثم إن المصراة قد ورد فيها نص بخلاف ما هنا .

وعلى هذا يكون الراجح هو القول بالرد وعدم الأرش ؛ لأن المشترى معذور لأنه لا يتمكن إطلاقا من الاطلاع على العيب القديم إلا بالعيب الحادث .

وهناك تفصيلات أخرى لا داعى لذكرها منعا من التطويل . وهذا كله فى العيب الحادث الذى لا يمكنه الاطلاع على العيب القديم إلا به .

أما إذا كان العيب الحادث كان يمكن بأقل منه الاطلاع على العيب القديم فهل يمنع ذلك الرد بالعيب القديم أو لا ؟

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم : الحنفية والمالكية وهو المعتمد عند الشافعية وإحدى الروايتين عن أحمد إلى أنه يمتنع الرد .

وذهب الحنابلة فى رواية وهو رأى مرجوح للشافعية : إلى أن حكم هذا هو حكم الفعل الذى لا يوقف على العيب القديم بما دونه .

---

(١) المغنى ج ٤ ص ١٦٨ .

وحجة المذهب الأول : أن الفعل الذى أحدثه المشترى بالمبيع ترتب عليه نقص بالمبيع دون مبرر والمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب القديم ، فكان مانعا من الرد كما لو اشترى ثوبا ثم علم به عيبا .

ووجهة المذهب الثانى : أن التحكم فى معرفة الكسر الذى لا يمكن معرفة العيب القديم إلا به أو أنه زيادة على ذلك أمر يشق ويتعذر ضبطه فيستوى فى ذلك القليل والكثير .

ويرد على هذا : بأنه غير مسلم وذلك لأن التمييز بين القليل والكثير ممكن .

وبناء على هذا يكون الراجح قول من ذهب إلى امتناع الرد ؛ لأن المشترى غير معذور فيما زاد على ما يحتاج إليه لمعرفة العيب القديم ، وعلى هذا فيلزمه المبيع .

المانع الخامس : زيادة المبيع :

قدمنا فيما سبق : أن المشترى إذا تبين له عيب قديم بالمبيع ، فإن هذا يخول له الحق فى الخيار وذلك على التفصيل الذى أوضحناه فإن زاد المبيع ، فهل يسقط خيار العيب بهذه الزيادة ولمن تكون ؟ ولبيان ذلك نقول :

إن الزيادة تأتى على أربعة أقسام : لأنها إما أن تكون متصلة بالمبيع أو منفصلة عنه ، وعلى كل فإما أن تكون متولدة عن المبيع أو غير متولدة عنه .

فالزيادة المتصلة المتولدة عن المبيع فمن أمثلتها : الحسن وتعلم الصنعة ، والسمن وكبر شجرة وما إلى ذلك ، والزيادة المتصلة التى لم تنشأ عن المبيع ولم تتولد من الأصل فهى مثل : صبغ الثوب ونسج الغزل وعمارة الدار والغرس فى الأرض .

والزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل فهى كالولد والثمرة واللبن والصوف ونحوها ، والمنفصلة غير المتولدة من الأصل كالأجرة والكسب وغلة الأرض ونحو ذلك .

وبيان هذه الأقسام الأربعة وآراء الفقهاء فيها يكون على النحو التالى :

أولا : الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل :

اتفق الفقهاء ومنهم : الأئمة الأربعة والشيعة الزيدية[1] ، على أن الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل لا تمنع الرد بالعيب ولا يسقط بها خيار المشترى فيكون له واحد من أمرين : أحدهما : أن يرد الأصل والزيادة معه ولا شىء له ، وله أن يمسك ثم يرجع بقيمة النقصان ، لأنها لا تنفك عن المعقود عليه ، فتكون تابعة له ، ولا تمنع من الرد لا قبل القبض ولا بعده .

ثانيا : الزيادة المنفصلة التى لم تتولد من الأصل :

واتفقوا أيضا على أن الزيادة المنفصلة إذا لم تكن متولدة من الأصل كالأجرة وغلة الدار وما إلى ذلك ، فإنها لا تمنع الرد لا قبل القبض ولا بعده لأنها حدثت على ملك المتملك ، وفى ضمانه ، فتكون مملوكة له ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » .

---

(١) راجع فى مسألة الزيادة : بدائع الصنائع : جـ ٥ ص ٢٨٤ ، فتح القدير : جـ ٥ ص ١٦٠ ، ١٦١ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٥٥ ، ٥٦ ، المبسوط جـ ٣ ص ١٠٢ - ١٠٥ ، الخرشى جـ ٤ ص ٥١ ، ٦٠ ، حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٣٨ ، تكملة المجموع جـ ١٢ ص ١٩٩ وما بعدها ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١٢٣ - ١٢٥ ، شرح المنهاج للمحلى جـ ٢ ص ٢٠٧ وما بعدها ، المغنى جـ ٣ ص ٥٧٢ و جـ ٤ ص ١٤٩ ، والبحر الزخار جـ ٣ ص ٣٥٥ وما بعدها ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٣٥ وما بعدها .

ثالثا : الزيادة المنفصلة المتولدة عن المبيع : إذا حصلت قبل القبض فهى لا تمنع الرد ، فإن شاء المشترى ردهما جميعاً ، وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن .

فهذه الأنواع الثلاثة التى سبق ذكرها لا تمنع الرد ولا ينقطع بها خيار العيب باتفاق الفقهاء ؛ لأنها لا تمنع من رد المبيع ، وما عداها من أنواع الزيادة فهى محل خلاف بينهم .

فاختلفوا فى الزيادة المنفصلة عن المبيع ولكنها متولدة منه كالولد والصوف إذا حدثت بعد القبض ، وكذلك الزيادة المتصلة بالمبيع التى لم تتولد منه كالبناء وعمارة الدار وزراعة الأرض والبستان ونحوها سواء كانت هذه الزيادة قبل القبض أو بعده ، ولهم فى هذا مذهبان :

الأول : أن هذه الزيادة لا يسقط بها خيار المشترى ، فيكون له رد المبيع بالعيب ، وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء منهم : المالكية والشافعية والحنابلة ، وبه قال الزيدية فى النوع الأول من الزيادة وهى الزيادة المنفصلة عن المبيع إذا حدثت بعد القبض .

الثانى : أن هذه الزيادة بنوعيها تعد مانعا من الرد ، وهو مذهب الحنفية ووافقهم الزيدية فى النوع الثانى وهى الزيادة المتصلة التى لم تتولد عن المبيع ولم تنشأ أصلا عنه .

الأدلة ومناقشتها

أدلة المذهب الأول : استدل أصحاب المذهب الأول بأن موجب الخيار متحقق بوجود العيب فيبقى الخيار لبقاء الداعي إليه وهو العيب .

أدلة المذهب الثاني : واستدل الحنفية بأن فائدة الخيار هي تمكن المشترى من الرد ، والرد مع الزيادة ممتنع فيسقط الخيار .

وبيان ذلك : أن المشترى إن اختار الرد وكانت الزيادة متصلة غير متولدة من المبيع كالبناء والعمارة ، فإما أن يرد الأصل والزيادة معه أو يرد الأصل بدون هذه الزيادة ، وكلا الأمرين ممتنع ، أما أن هذا ممتنع فى الأول فلأن الزيادة لم تكن موجودة وقت العقد فلم يتناولها عقد البيع ، لأنها منعدمة والعقد لا يكون إلا على موجود ، ومن ثم فلا تكون داخلة فيه وأما امتناع ذلك فى الثانى ؛ فلأن الزيادة المتصلة يتعذر فصلها من المبيع ويتعذر رد الأصل بدونها .

وبهذا فقد وضح أن الزيادة المتصلة المتولدة من غير الأصل يمتنع معها رد المبيع .

وكذلك الحكم بالنسبة للزيادة المنفصلة المتولدة عن المبيع ، فإنه لا يجوز معها رد المبيع ؛ لأن المشترى إذا اختار الرد ،فهو إما أن يرد الأصل وحده أو يرده مع الزيادة وكلا الأمرين غير جائز شرعا .

وبيان ذلك : أن المشترى إذا رد الأصل دون الزيادة بقيت الزيادة فى يده بلا ثمن وبدون مقابل ، وهذا إن لم نقل : إنه ربا فهو فى معنى الربا فلا يجوز شرعاً ، وإن أراد المشترى أن يرد الأصل مع الزيادة فهو ممنوع أيضا لأن المبيع قد انتقل إلى ضمان المشترى بالقبض ، فلو رد المشترى الزيادة مع الأصل لكانت هذه الزيادة بالنسبة للبائع ربح ما لم يضمن وهو منهى عنه

شرعاً ، وإذا ثبت امتناع الزيادة مع الأصل فى جميع الأحوال فيكون ذلك مانعاً من الرد فيسقط الخيار .

مناقشة دليل الحنفية :

وقد ورد على هذا الدليل المناقشة التالية :

أولا : أن الزيادة المتصلة التى لم تنشأ عن المبيع لا تمنع من الرد إذا ما ظهر للمشترى عيب فى المبيع ، وما قيل من امتناع الرد لتعذر فصل هذه الزيادة فسلم فى جانب تعذر الفصل ، لكنه غير مسلم من حيث امتناع الرد من كل الوجوه ، فإنه لا مانع من إعادة المبيع مع الزيادة لأنها فى الواقع أثر وليست عين ، فالقول : بأنها ليست تابعة ممنوع لأنه مبنى على أن هذه الزيادة عين وهى فى الأعم الأغلب أثر ، ثم هى وصف للمبيع لا ينفك عنه ، ولو سلمنا جدلا أنها ليست تابعه للمبيع فإن هذا لا يلزم منه أنه لا يجوز ردها بل يردها المشترى ويكون البائع شريكاً بقيمتها إن أراد ذلك[1] .

ثانياً : أن الزيادة المنفصلة المتولدة عن الأصل وهو المبيع لا تمنع الرد ، وما قيل فى منع ذلك من قبل الحنفية من أن رد المبيع دون الزدياة فيه معنى الربا لبقاء الزيادة فى يد المشترى بغير ثمن ، هذا القول غير مسلم بل وممنوع أيضاً ؛ لأنه ﷺ قال : « الخراج بالضمان »[2] وعلى هذا فإن الزيادة تكون للمشترى حيث إن المبيع أصبح فى ضمانه من وقت التسليم فيستحق الزيادة ولا محظور فى هذا بنص الحديث النبوى الشريف .

الترجيح : إذا تقرر هذا من خلال عرض الآراء والأدلة ومناقشتها ، فإن الذى يترجح فى نظرنا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، والقائلين بأن الزيادة

---

(١) راجع نظرية الفسخ فى الشريعة الإسلامية ص ٤٦٢ .

(٢) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى جـ ٤ ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ .

لا تمنع من رد المبيع معها سواء كانت متصلة وهى غير متولدة من الأصل أو كانت منفصلة وهى متولدة من الأصل ، وبناء عليه فإنها لا تسقط خيار المشترى فى الرد بالعيب ؛ لأن ذلك لايتنافى مع وجود الزيادة إطلاقاً .

لكن من يملك هذه الزيادة وما هى آراء الفقهاء فى ذلك ؟ هذا ما نوضحه فيما يلى ، فنقول :

سبق أن عرفنا أن الزيادة تنقسم إلى أربعة أقسام ، وأن الفقهاء اتفقوا على أن الزيادة المتصلة الناشئة عن المبيع إذا اختار المشترى رد المبيع لعيب قديم رد هذه الزيادة معه لأنها تابعة له ، وأما الزيادة المتصلة غير الناشئة عن المبيع فقد اختلف الفقهاء فى حكمها .

فذهب فريق من الفقهاء ومنهم المالكية : إلى أنه إذا اختار المشترى رد المبيع مع هذه الزيادة فإنه يكون شريكاً للبائع بقيمة الزيادة ، وهذا يقتضى أن تكون الزيادة المذكورة ملكاً للمشترى ما لم يكن قد حصل بالمبيع عيب عند المشترى لا يبطل المقصود ، فإن حصل ما ذكر فإن كانت قيمة الزيادة تساوى قيمة أرش العيب الحادث جبرته ، فيخير فى هذه الحالة بين رد المبيع وفسخ العقد ويسقط عنه الثمن ولا أرش عليه للعيب الحادث عنده ؛ لأنه قد جبر بالزيادة ، وإن شاء أبقى على العقد ويرجع بأرش القديم .

وإن كانت الزيادة أنقص من أرش العيب الحادث ظل المشترى على خياره أيضاً ، ثم إن اختار الرد رد المبيع مع زيادته مع رد ما نقصته قيمة الزيادة عن أرش الحادث عند المشترى ، وهذا كله إذا كان البائع غير مدلس ، فإن دلس وزاد المشترى فى البيع زيادة تنقص من ثمنه ظل على خياره ، فله أن يرد ويرجع بجميع الثمن ولا شىء عليه لأن البائع ظالم فكان أحق بالحمل عليه .

وذهب الشافعية والحنابلة : إلى أن هذه الزيادة تكون للبائع إذا اختار المشترى الرد بالعيب القديم .

والأصل عند الشافعية أن الزيادة لا تمنع من الرد مطلقاً بشرط ألا يترتب عليها عيب بالمبيع فإن تعيب بسببها كانت فى حكم العيب الحادث على التفصيل السابق .

وقد وقع خلاف بينهم فى بعض الفروع ، ومنها : أن الزيادة المتصلة التى لم تتولد عن المبيع إن أمكن نزعها من غير أن يلحق المبيع نقص نزعت وأخذها المشترى لأنها حدثت على ملكه ، وإن لم يمكن نزعها فمقتضى كلام الشيرازى والسبكى وآخرين أن المشترى إن اختار الرد رد المبيع بزيادته لتبعها له لعدم تميزها عنه[1] .

ووجهة نظر المالكية فيما ذهبوا إليه : أن الزيادة حصلت بالمبيع وهو على ملك المشترى فتكون هذه الزيادة مملوكة له .

ووجهة نظر الشافعية ومن وافقهم : أن هذه الزيادة لا يمكن فصلها عن المبيع فكانت بهذا الاعتبار تابعة له فترد معه إن اختار المشترى الرد .

ويرد على هذا الاستدلال الذى ذهب إليه المالكية : أن عدم الفصل لهذه الزيادة عن المبيع لا يلزم منه أن تكون مملوكة للبائع دون مقابل ، بل إن عدم الفصل يجعل المشترى شريكاً بقيمتها لإمكان تقويمها .

الترجيح : ومن هذا يتضح لنا رجحان مذهب المالكية لقوة الدليل الذى أورده ولعموم قوله ﷺ : « الخراج بالضمان » .

---

(١) راجع المجموع ج ١٢ ص ١٩٨ ، نهاية المحتاج ج ٢ ص ١٢٣ ، وذلك لمعرفة تفريعات أكثر فى هذه المسألة .

هـــذا إذا كانت الزيادة متصلة ، فإن كانت منفصلة فللفقهاء فيها ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول: لفريق من الفقهاء ومنهم : المـالكية والشافعية والحنابلة، وهو أن الزيادة المنفصلة تكون للمشترى سواء كانت ناشئة عن المبيع قبل القبض أو بعده .

المذهب الثانى : وهو رأى مرجوح للشافعية : أنها للبائع إن حدثت قبل القبض واختار المشترى الرد فى هذه الحالة .

المذهب الثالث : وبه قال الحنفية : وهو أن الزيادة المنفصلة عن المبيع تكون للبائع إن حدثت قبل القبض ، وإن كانت غير متولدة فلاتطيب لواحد من المتعاقدين .

استدل الجمهور على مذهبه بقوله ﷺ : « الخراج بالضمان » .

ووجهتهم من هذا الدليل: أن رسول الله ﷺ أوضح أن الثمرة تكون لمن عليه الضمان وبما أن الضمان فى المبيع من المشترى فإن مقتضاه أن تكون الغلة له .

وقد اعترض على هذا الحديث : بأنه ضعيف فلا يصلح دليلا ؛ لأن فى إسناده مسلم بن خالد الزنجى . وقد قال عنه البخارى : إنه منكر الحديث .

والجواب عن هذا : بأن الحديث صالح للاستدلال ، فقد روى من طرق أخرى ،على أن مسلم بن خالد الزنجى قد وثقه كثيرمن أهل الدراية بالحديث ، قال العلامة الشوكانى : « قد وثقه يحيى بن معين وتابعه عمر بن على المقدمى وهو متفق على الاحتجاج به »(١) .

واستند الحنفية على أن الزيادة المنفصلة تكون للبائع إن حدثت قبل

---

(١) راجع نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢١٢ .

القبض : بأنه لو ملكها المشترى لكان فى هذا ربح ما لم يضمن ؛ لأن البيع يدخل فى ضمان المشترى بالقبض وربح ما لم يضمن منهى عنه .

ويناقش هذا : بأن المبيع قد دخل فى ضمان المشترى بالعقد الصحيح فليس فى هذا ربح ما لم يضمن .

ودليل الحنفية على أن الزيادة المنفصلة التى لم تتولد عن البيع لا تصير للبائع ولا للمشترى إن حدثت قبل القبض ، دليل ذلك أنها بالنسبة للبائع نماء مال غير مملوك له ، وبالنسبة إلى المشترى ربح ما لم يضمن .

ويرد على هذا : ما أوردناه من المناقشة السابقة . وبهذا يكون الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو أن الزيادة المنفصلة تكون للمشترى .

الفصل الثالث

في خيـــار المجلس

يتكون هذا الفصل من تمهيد وخمسة مباحث .

أما التمهيد ، فنتكلم فيه عن معنى خيار المجلس .

وأما المبحث الأول : فنعقده لبيان مشروعية خيار المجلس .

والمبحث الثاني : فنتكلم فيه عن اشتراط نفي خيار المجلس .

والمبحث الثالث نخصصه لبحث أثر خيار المجلس في العقد .

وأما المبحث الرابع : فنبين فيه العقود التي يدخلها خيار المجلس .

وفي المبحث الخامس : نذكر ما ينتهي به خيار المجلس .

وغني عن البيان أننا نذكر في كل مبحث آراء الفقهاء وأدلتهم ، ثم نرجح ما يشهد له الدليل .

تمهيد

فى بيان معنى خيار المجلس

المجلس فى اللغة : مصدر ميمى معناه مكان الجلوس ، والمراد بمجلس العقد - كما يبدو من كلام الفقهاء - هو المكان الذى يوجد فيه المتعاقدان من وقت بداية العقد إلى تمامه ونفاذه ولزومه ، وعلى هذا يكون مجلس العقد هو مكان الاجتماع الواقع فيه العقد على أى حال كان المتعاقدان عليها .

أما عن خيار المجلس فيمكن تعريفه فى اصطلاح الفقهاء : بأنه حق شرعى يثبت بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحق فى إمضاء العقد أو فسخه ما داما فى المجلس ، ما لم يتفرقا أو يتخايرا ، فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع أو تفرقا على هذا فقد وجب[1] ومن هذا يظهر أن إضافة الخيار إلى المجلس من إضافة الشىء إلى ظرفه .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٥٢ .

المبحث الأول

فى مشروعية خيـــار المجلس

اختلفت كلمة الفقهاء فى مشروعية خيار المجلس إلى مذهبين :

المذهب الأول : أن خيار المجلس مشروع لكل من المتعاقدين ، وعلى ذلك يكون من حق كل منهما رد المبيع ما دام المجلس منعقداً ، إذ أنه لا يلزم إلا بتفرق العاقدين من مجلسه أو اختيارهما الإمضاء قبل التفرق . وهو مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية ، وابن حبيب[1] وهومذهب جماعة من الصحابة ، منهم على وأبو برزة الأسلمى وابن عمر وابن عباس وأبو هريرة ، ومن التابعين جماعة ، منهم : شريح والشعبي وطاووس وعطاء وابن أبى مليكة وسعيد بن المسيب والزهرى[2] .

المذهب الثانى : عدم مشروعية خيار المجلس ، فيلزم العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول دون توقف على شىء ولا يملك أحدهما الانفراد بفسخه حتى فى المجلس . وهذا مذهب الحنفية والمشهور عند المالكية وقول زيد بن على والقاسمية من الزيدية وقول الأباضية[3] .

وسبب الخـــلاف بينهم يرجع إلى تعارض الآثار ومعارضة القياس وعمل أهل المدينة لخبر الآحاد .

---

(١) المهذب ج ١ ص ٢٥٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص ١٩٨ ، المحلى ج ٨ ص ٣٥١ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٤٥ الخلاف فى الفقه المجلد الأول ص ٥٠٦ وحاشية الدسوقى ج ٣ ص ٩١ .

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٨٦ ، المغنى ج ٣ ص ٥٦٢ ، المجموع ج ٩ ص ١٨٤ ، المختصر النافع ص ١٤٥ ، شرائع الإسلام ج ١ ص ١٦٨ .

(٣) البدائع ج ٥ ص ٢٢٨ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٤٥ ، متن النيـــل ج ٢ ص ٢٠ .

الأدلة ومناقشتها

أولا : أدلة القائلين بمشروعية خيار المجلس :

استدل الجمهور على هذا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فمنه : قوله تعالى : « وأحل الله البيع »(١) .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الله أحل البيع ، وهو عام في كل بيع - فيدخل فيه البيع الذى يدخل فيه خيارالمجلس فيكون حلالا. ولامعنى للمشروعية إلا هذا .

وأما السنة فمنها : ما رواه الشيخان عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قال : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا . أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر »(٢) . وفى لفظ : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع »(٣) . وله ألفاظ أخرى ، قال ابن المبارك : هو أثبت من هذه الأساطين ، وله فى الصحيحين والسنن طرق ورواه أبو داود والبيهقى من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، وزاد : « لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله »(٤) وفى رواية عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال :

---

(١) سورة البقرة من الآية : ٢٧٥ .
(٢) نيل الأوطار : جـ ٥ ص ١٨٤ .
(٣) صحيح مسلم : جـ ١ ص ٤٤٧ .
(٤) التلخيص الحبير : جـ ٣ ص ٢٠ .

« المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله[١] .

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث وغيرها مما فى معناها أن النبى صلى الله عليه وسلم أثبت خيار المجلس لكل من المتبايعين إلى أن يتفرقا أو يختارا لزوم البيع ، وإذا كان الخيار قد ثبت فى البيع إلا أن غيره من عقود المعاوضة تكون ملحقة به فيثبت فيها الخيار كما هو ثابت فيه بطريق الإلحاق والتبعية .

مناقشة هذا الدليل :

وقد أورد المانعون على هذا الدليل بعض المناقشات فقالوا :

أولا : أن لفظ المتبايعين الوارد فى الحديث ليس على ظاهره بل المراد به المتساويين اللذين لم يعقدا عقد البيع بعد ، وقد أطلق عليهما لفظ المتبايعين باعتبار ما سيكون جمعاً بين هذا الحديث وبين الأدلة الأخرى الدالة على نفى خيار المجلس .

والجواب عن هذا : أن لفظ المتبايعين مأخوذ من البيع ، ولا يجوز أخذ اسم من معنى إلا إذا كان ذلك المعنى موجوداً ، فلو لم يوجد المأخوذ منه وهو البيع لم يوجد المأخوذ وهو المتبايعان[٢] .

ويؤيد هذا : أنه لو كان لفظ المتبايعين فى الحديث معناه المتساويين لكان الحديث عاريا عن الفائدة ؛ لأنه لا يخفى على أحد أن المتساويين بالخيار حتى يقع بينهما عقد وخلو الكلام عن الفائدة عبث يصان عنه كلام العقلاء فضلا عن كلام سيد البشر[٣] .

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبى داود : جـ ٣ ص ٢٨٨ .

(٢) المجموع : جـ ٩ ص ٢٠٠ .

(٣) بداية المجتهد : جـ ٢ ص ١٧٠ .

ثانياً : أن لفظ التفرق ليس معناه التفرق بالأبدان ، بل معناه التفرق بالقول فلا يكون الحديث بهذا المعنى فيه دلالة على خيار المجلس .

والجواب عن هذا : أن حقيقة التفرق إنما تكون بالأبدان ، وأما التفرق بالقول فمجاز والحمل على الحقيقة أولى ؛ لأن الأصل في الكلام الحقيقة ، ثم إن الإيجاب والقبول بين المتبايعين ليس تفرقا بل موافقة وارتباط ، ثم إن راوي الحديث وهو عبد الله بن عمر[1] كان إذا ابتاع البيع فأراد أن يجب له مشى قليلا ثم رجع حتى يلزم البيع بالتفرق بالأبدان بين المتعاقدين ، وقد فعل ذلك مع أمير المؤمنين عثمان حينما ابتاع منه مالا بالوادي بمال له بخيبر . قال ابن عمر : فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع ، وليس هناك من هو أعلم بمعنى التفرق من راوي الحديث ، ولعل ابن عمر لم يبلغه النهي عن هذا فكان إذا بايع رجلا فأراد أن يتم بيعه قام فمشى هنيهة ثم رجع إليه .

فهذا مذهب ابن عمر ومذهب الصحابة وعملهم ومذهب عثمان .

وأيضاً ، فقد حمل أبو برزة التفرق على التفرق بالأبدان وقضى بهذا بين صاحب فرس باعه لغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما ، فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه . فقال له : بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله ﷺ ، فقال أبو برزة : أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ ؟ قال رسول الله ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وما أراكما افترقتما[2] » .

---

(١) صحيح مسلم جـ ١ ص ٤٤٧ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٨٥ .
(٢) عون المعبود شرح سنن أبي داود جـ ٣ ص ٢٨٨ .

وهذا دليل على أن التفرق فى الحديث هو التفرق بالأبدان ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لمارض الصحابة ابن عمر وأبا برزة ، ولو عارضوا لاشتهر ذلك ونقل . لكنه لم ينقل فلم يشتهر ، فلم يعارضوا فكان ما حمله عليه ابن عمر وأبو برزة هو الحق الذى لا محيص عنه .

وأما المعقول : فإن حاجة الناس داعية إلى خيار المجلس ، فقد يبيع الإنسان أو يشترى شيئاً ثم يندم ، إما لأنه قد غبن أو لأن الصفقة ليست فى مصلحته ، فكان خيار المجلس مشروعا لأجل أن يتدارك الإنسان مصلحته وينظر فى أمره[١] .

ثانيا : أدلة المانعين :

استدل المانعون لخيار المجلس على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة وقول الصحابى وعمل أهل المدينة والمعقول .

أما الكتاب فنه :

قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . . »[٢] .

ووجه الدلالة : أن الله أمر بالوفاء بالعقود ، والأمر للوجوب ، لأنه لا يحمل على غير الوجوب إلا لقرينة ولا قرينة هنا تصرفه عن ذلك ، ولا يحمل هذا على الوفاء بالعقد بعد التفرق أو التخاير ، بل على الوفاء بالعقد مطلقاً سواء فى المجلس أو بعده ، لأن الأمر بالوفاء فى الآية ورد مطلقاً ، فدل ذلك على نفى خيار المجلس ، لأنه لو ثبت لجاز لكل واحد

---

(١) راجع محاضرات فى خيارات البيع ص ٧ .
(٢) سورة المائدة من الآية ١ .

من المتعاقدين أن يرجع عن العقد فلا يتم الوفاء ، وهذا مخالف لما دلت عليه الآية الكريمة .

ويرد على هذا : أنه وإن كان لفظ الآية عاماً ، فإنه مخصص بحديث ابن عمر السابق فيكون معنى الآية وجوب الوفاء بالعقد إذا تفرق المتبايعان بأبدانهما من مجلس العقد ، أو اختارا لزوم العقد عند التخاير قبل التفرق من مجلس العقد ، وحمل الكلام على هذا المعنى أولى ؛ لأن فيه إعمالا للدليلين .

وأما السنة فمنها :

١ — ما رواه أحمد ، والترمذى ، وأبو داود ، والنسائى وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : « البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله »[1] .

ووجه الدلالة : أنه لو كان خيار المجلس مشروعاً لما كانت هناك حاجة للإقالة ، إذ يكون من حق كل منهما إذا توجهت نفسه للفسخ أن يختار ذلك دون حاجة لموافقة الآخر ، ولكنه صرح بما يقتضى احتياجه للآخر وهو الإقالة ، فدل ذلك على بطلان خيار المجلس بعد العقد .

ويرد على هذا الاستدلال : بأن المراد بالاستقالة فى الحديث الفسخ من أحدهما رضى الآخر أم أبى ؛ لأن الحديث ثبت فيه أولا خيار المجلس لكل واحد من المتبايعين ما لم يتفرقا ، ثم ذكر الإقالة فى المجلس وهى بمعنى

---

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٨٨ .

الفسخ ؛ لأنه من المسلم من أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة ما دام من حقه أن يفسخ العقد إن أراد رضى الطرف الآخر أم أبى ، فدل ذلك على أن المراد من الإقالة الفسخ المترتب على الخيار[1] .

على أن التفرق بالأبدان لا يمنع من الإقالة ، فلو كان المراد من الإقالة حقيقتها لم يتوقف ذلك على مجلس العقد .

يقول العلامة الشوكانى فى الرد على من استدل بالحديث على نفى خيار المجلس :

« إن الحديث حجة عليهم لا لهم ، إذ أن معناه لا يحل له أن يفارقه بعد البيع خشية أن يختار فسخ البيع ، فالمراد بالاستقالة فسخ النادم منهما للبيع ، وعلى هذا حمله الترمذى وغيره من العلماء ، قالوا : ولو كانت الفرقة بالكلام ، لم يكن له خيار بعد البيع ، ولو كان المراد حقيقة الاستقالة لم تمنعه من المفارقة لأنها لا تختص بمجلس العقد »[2] .

٢ — ما رواه مالك عن ابن مسعود قال : « أيما بيعين تبايعا ، فالقول ما قال البائع أو يترادان »[3] .

ووجه الدلالة من الحديث : أنه جعل القول فى إمضاء العقد ، أو رفضه للبائع فى مجلس العقد ، أو بعده ، ولو كان خيار المجلس مشروعاً لما كان الأمر كذلك ، ولكان لكل واحد الحق فى فسخ العقد دون رضا الآخر استناداً على ثبوت الخيار .

---

(١) المجموع ج ٩ ص ٢٠١ .
(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٨٨ .
(٣) شرح الزرقانى الموطأ ج ٤ ص ٢٨٤ .

ويرد على هذا الدليل : بأنه حديث منقطع لا يكاد يتصل ، فقد خرجه أبو داود وغيره بأسانيد منقطعة وسبقه إلى هذا الترمذى فقال : إن فيه (عون) وعون هذا لم يدرك ابن مسعود[1] . قال الشافعى : وهذا الحديث منقطع عن ابن مسعود[2] .

ولو سلمنا صحة الاحتجاج بما روى عن ابن مسعود فهو عام فى المجلس وبعده ، وحديث ابن عمر خاص بثبوت الخيار فى المجلس ، على أن ما روى عن ابن مسعود محمول على اختلاف المتبايعين[3] .

وأما قول الصحابى : فمنه ما روى عن عمر - رضى الله عنه قال : « البيع عن صفقة أو خيار ولكل مسلم شرطه » .

ووجه الدلالة من قول عمر : أن البيع إذا خلا عن شرط الخيار فهو صفقة أى لازم بمجرد الإيجاب والقبول ، وهذا دليل على عدم مشروعية خيار المجلس .

وهذا غير مسلم ؛ لأن مراد عمر بهذا أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار ، وبيع لم يشترط فيه ذلك ، فسمى هذا الأخير صفقة لقصر مدة الخيار فيه عادة ، ولو سلم استدلالهم بهذا على نفى الخيار ، فهو قول صحابى معارض بقول غيره من الصحابة ، فلا يكون حجة ، على أنه قد صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم ثبوت خيار المجلس فلا حجة فى

---

(١) المرجع السابق .

(٢) الأم ج ٣ ص ٩ .

(٣) راجع نظرية الفسخ فى الشريعة الإسلامية ص ٣٧٤ .

قول غيره[١] .

على أنه قد صح عن عمر القول بخيار المجلس ، فقد روى عن مالك بن أوس قال : « أقبلت أقول : من يصطرف الدراهم ؟ فقال طلحة بن عبيد الله وهو عند عمر بن الخطاب : أرنا ذهبك ، ثم جئنا إذا جاء خادمنا نعطيك ورقك ، فقال عمر : كلا والله لتعطينه ورقه ، أو لتردن إليه ذهبه »[٢] .

فقد حكم عمر برد الذهب بعد تمام العقد ، وهذا دليل على أنه يرى خيار المجلس ، فإن قيل : لم يكن تم البيع بينهما ، قلنا : هذا خطأ ؛ لأن الصرف قد انعقد بينهما ، فصح أن عمر وبحضرته طلحة وسائر الصحابة يرون فسخ البيع قبل التفرق بالأبدان[٣] .

وأما عمل أهل المدينة ، أو إجماع أهل المدينة فهو مقدم عند مالك على قوله صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ؛ لأنه وإن كان صحيحاً لكن صحته لا تنافى أنه خبر آحاد ، وعمل أهل المدينة مقدم عليه عند مالك ؛ وذلك لأن عمل أهل المدينة كالمتواتر ؛ لأنه من قبيل الإجماعيات ، والمتواتر يفيد القطع بخلاف خبر الآحاد ، فإنه يفيد الظن » .

ويناقش هذا : بأننا لا نسلم بأن إجماع أهل المدينة مقدم على الحديث ؛ لأن الفقهاء والمحدثين لم يكونوا منحصرين فى المدينة فى عصر الإمام مالك

---

(١) راجع شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٦٧ ، المغنى ج ٣ ص ٥٦٤ .

(٢) صحيح مسلم ج ١ ص ٤٦٥ .

(٣) المحلى ج ٨ ص ٣٦٤ .

— رضى الله عنه — بل كانوا متفرقين فى الأمصار ، ولم سلمنا أنهم كانوا كذلك فلا نسلم اتفاق فقهاء المدينة على نفى خيار المجلس ؛ لأن سعيد بن المسيب ، وابن شهاب روى عنهما نص ترك العمل بإجماع أهل المدينة وهما من أجل فقهاء المدينة .

وأنكر ابن أبى ذئب — وهو من فقهائها فى عصر مالك — عليه ترك العمل بخيار المجلس ، ومن ثم فلا يصح لأحد أن يدعى أن إجماع أهل المدينة مقدم على العمل بحديث البيعان بالخيار حتى يفترقا .

ويتضح من هذا : أن دعوى إجماع أهل المدينة دعوى ينقصها ما ثبت عن بعض فقهائها من القول بمشروعية خيار المجلس ، وبهذا يظهر أن أهل المدينة لم يجمعوا على ترك العمل بالحديث فوجب العمل به ؛ لأنه لا معارض له أقوى منه[1] .

وأما استدلالهم بالمعقول ، فقد قالوا :

أولا : أن عقد البيع عقد معاوضة فلا يكون للخيار فيه أثر كالنكاح .

وهذا غير مسلم ؛ لأن النكاح ليس معاوضة محضة فليس الغرض الأصلى منه هو المال ، بخلاف البيع ولو سلم ، فهذا قياس دل النص على خلافه فيفسد القياس .

أو نقول : إن قياس البيع على النكاح لا يجوز ؛ لأنه قياس مع الفارق ، وذلك لأن النكاح يحتاط له قبله غالباً ، فلا يحتاج إلى خيار بعده ،

---

(١) راجع حاشية الدسوق جـ ٣ ص ٩١ ، شرح الزرقانى للموطأ جـ ٤ ص ٢٨١ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٣٤ ، المجموع جـ ٩ ص ١٩٩ .

ثم إنه قد شرع لدوام العشرة والخيار ينقض هذا الغرض الأصلي ؛ ولأن في ثبوت الخيار في النكاح مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد ، وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت الخيار في النكاح لذلك بخلاف البيع .

ثم إن النكاح ليس بيعاً وخيار المجلس يثبت في البيع وما في معناه ، والبيع ينقل ملك رقبة المبيع وثمنه وليس كذلك النكاح فإن فيه إباحة فرج كان محرماً .

ثانياً : أن خيار المجلس ليس له ضابط إلا الافتراق ، وقد يطول وقد يقصر فهو بهذا المعنى يشتمل على غرر ، وكل ما كان كذلك فهو غير جائز لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر .

وهذا غير مسلم ، لأن هذا ليس فيه غرر إذ أن كل واحد من المتعاقدين يستطيع أن يسقط الخيار في الحال إما بإنهاء العقد بالفسخ أو إمضائه ولزومه بقبوله الصفقة .

الترجيح :

وبعد عرض الآراء والأدلة لكل من المجوزين والمانعين لخيار المجلس يتضح لنا رجحان قول المجوزين وإبطال رأي المانعين ، لأن الحجة الكبرى التي يستندون إليها تكمن في أن القول بهذا النوع من الخيارات فيه شذوذ وإهدار لحرمة العقد ، ذلك لأنهم يتصورون أن القول بحق كل من المتعاقدين في الرجوع بعد الإيجاب والقبول فيه إبطال لحق المتعاقد الآخر ، بل فيه إهدار لحرمة العقد ، ومخالفة صريحة لما جاءت به آيات الكتاب الكريم في وجوب المحافظة على هذه الحرمة . قال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، وهذا عقد قبل التخيير ، وقد سبق إبطال هذا بأن المراد بالعقد هو العقد المعترف به شرعاً ، وهو العقد الذي تم وأبرم ولزم

بين المتعاقدين ولا ينعقد العقد ولا يتم ولا ينبرم إلا بعد التفرق أو التخيير كما أخبر بذلك رسول الله ﷺ[١] . وعلى هذا يكون رأى الجمهور هو الراجح لقوة أدلته وسلامتها من معارض قوى .

ويؤيد هذا : أن ابن عمر قد فسر الحديث بفعله فإنه كان إذا بايع رجلا وأحب أن يجب له البيع مشى خطوات لينبرم البيع ويلزم ، وكذلك ما قضى به أبو برزة برد الفرس على صاحبه حيث إن كلا من المتعاقدين لم يفارقا مجلس العقد ، وكل من ابن عمر وأبي برزة أعلم بمدلول الحديث .

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري جـ ٢ ص ٣٧ .

المبحث الثانى

اشتراط نفى خيار المجلس

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية خيار المجلس على أنه يثبت لـكل من المتعاقدين متى صدر العقد مطلقاً عن اشتراط خيار المجلس ، ولا يتوقف ثبوته على اشتراط منهما أو من أحدهما ، ومن ثم فإنه يكون لـكل منهما الحق فى رد العقد وفسخه أو إمضائه وإنفاذه ، ولا يسقط هذا الحق عند القائلين بمشروعيته إلا بواحد من الأمور التى ينتهى بها خيار الشرط ، وسنتحدث عنها قريباً فى هذا الفصل .

أما إذا صدر العقد وقد اقترن به شرط نفى خيار المجلس من العاقدين أو من أحدهما ، كأن يتبايعا على أن لا يكون لأحدهما خيار فى المجلس ، فهل يكون مثل هذا الشرط صحيحاً ، ويترتب عليه لزوم العقد فور صـــدور الإيجاب والقبول ؟ أم أن هذا الشرط غير صحيـح ؟ وإذا لم يصح الشرط فما أثره على العقد من حيث الصحة والبطلان ؟

اختلفت كلمة الفقهاء فى هذا إلى ثلاثة مذاهب :

المـذهب الأول : للحنابلة وهو وجه لأصحاب الشافعى ، وهو أن هذا الشرط صحيـح ، فيصح الشرط ويلزم العقد .

المذهب الثانى : للشافعية فى الأصح عندهم والحنابلة فى إحدى الروايتين وهو أن الشرط يلغو ويصح الخيار .

المذهب الثالث : وبه قال ابن حزم وهو وجه للشافعية ، وهو أن الشرط يلغو ويفسد العقد[١] .

---

(١) راجع المجموع جـ ٩ ص ١٩٢ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٦٧ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٤٤٥ ومابعدها ، المحلى جـ ٨ ص ٣٥١ وما بعدها .

وسبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة يرجع أساساً إلى نظرة الفقهاء إلى خيار الشرط وهل هو حق للمتعاقدين أو حكم من الأحكام الثابتة للعقد شرعا ؟ فمن رأى أنه حق للعاقدين أجاز لهما إسقاطه ، ومن رأى أنه حكم من الأحكام المترتبة على العقد شرعا لم يجعل للعاقدين سلطة إسقاطه .

دليل المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فما روى عن نافع عن ابن عمر : أنه في بعض روايات الحديث أنه ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع »[1] .

ووجه الدلالة من الحديث : أن رسول الله ﷺ رتب لزوم العقد على صدوره من المتعاقدين عن خيار ، واشتراطهما نفي الخيار في العقد اختيار منهما للعقد ، فيكون لازما بمجرد صدوره ، وإذا لزم العقد فإن لزومه دليل على صحة هذا الشرط واعتباره شرعا[2] .

وأما المعقول : فهو أن الخيار شرع رفقاً للعاقدين ، فيكون لهما الحق في إسقاطه باشتراط نفيه قياساً على اشتراط التأجيل في الثمن ، فإن لزوم دفعه بمجرد العقد إنما هو لمصلحة البائع ، ولو شرط تأجيله كان هذا الشرط جائزاً ومعتبراً ، فكذا اشتراط نفي خيار المجلس[3] .

---

(١) صحيح مسلم جـ ١ ص ٤٤٧ .
(٢) محاضرات في خيارات البيع ص ١١ .
(٣) المرجع السابق .

دليل المذهب الثانى :

واستدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم : بأن هذا الشرط غير صحيح فيلغو الشرط ويبقى الخيار قائماً ، ولا ينتفى بشرط العاقدين أو أحدهما نفيه ، لما فى ذلك من نفى الشىء قبل وجوده وهو لايصح ؛ لأن الخيار يكون بعد الإيجاب والقبول ، ونفى المتعاقدين للخيار متقدم على هذا .

أو نقول : إنما يلغو الشرط دون العقد لأنه وإن كان منافياً لمقتضى العقد إلا أنه لايؤدى إلى جهالة فى أحد العوضين ، فيبطل وحده ، ولا يبطل العقد لعدم الجهالة .

دليل المذهب الثالث :

استدل أصحاب هذا المذهب على ماذهبوا إليه من بطلان الشرط والعقد بأن اشتراط نفى خيار المجلس غير صحيح لما يأتى :

أولا : لمخالفته لما ثبت عن النبى ﷺ .

ثانياً : لمخالفته لمقتضى العقد ، فإن مقتضاه عدم اللزوم فى المجلس إلى أن يوجد التفرق أو الاختيار ، واشتراط ما يخالف العقد لا يصح ، وإذا بطل هذا الشرط بطل العقد ، كما لو اشترط فيه عدم تسليم المبيع إلى المشترى ، حيث يبطل هذا الشرط ويبطل به العقد .

الترجيح : والذى يتضح لنا من خلال عرض الآراء والأدلة لمذاهب الفقهاء فى اشتراط نفى خيار المجلس رجحان المذهب الأول ؛ لأنه قد ثبت أن خيار المجلس وغيره من أنواع الخيارات إنما شرع رعاية لمصلحة العاقدين فجاز لهما إسقاطه قبل العقد قياساً على جواز إسقاطهما له بعد العقد ، وماقيل من أنه شرط مخالف لمقتضى العقد فاشتراطه يؤدى إلى بطلانه و بطلان العقد معاً أو بطلانه وحده دون العقد غير صحيح لأن محل هذا الفساد أو البطلان للشرط المخالف للعقد إذا لم يدل دليل على جواز هذا الشرط وقد قام الدليل على ذلك فلا يصح القول بفساده أو بطلانه .

المبحث الثالث

أثر خيار المجلس فى العقد

لا خلاف بين الفقهاء والذين يرون مشروعية خيار المجلس على أن العقد مع هذا الخيار عقد جائز، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه أو إمضاؤه ما داما فى المجلس ما لم يختارا إمضاء العقد ، واختلفوا بعد ذلك فى تأثيره فى صحة العقد من حيث ترتب الأثر فى الحال أى أن هذا العقد ينتقل به الملك فى العوضين وما يتبعه من الغلة والنفقة وغير ذلك من الآثار المترتبة على الملك . ولبيان هذا نقول : للفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة آراء نقررها فيما يلى :

الرأى الأول : أنه لا تأثير لهذا الخيار فى صحة العقد ، فالعقد معه صحيح ينتقل به الملك بمجرد صدوره وهو مذهب الحنابلة فى ظاهر المذهب[1] .

الرأى الثانى : أن لهذا الخيار تأثير على صحة العقد ، فالعقد معه غير صحيح ، ولا ينتقل به الملك فى العوضين وإن جرى التقابض بين المتعاقدين ، وذلك لأنه لا يكون عقدا صحيحا إلا بالتفرق عن مجلس العقد أو بأن يخير أحدهما الآخر بعد التعاقد . وما لم يكن ذلك فالمبيع باق على ملك البائع والثمن باق على ملك المشترى ، حيث لا تأثير لهذا العقد مع خيار المجلس ، وهو مذهب الظاهرية[2] .

---

(١) كشاف القناع : جـ ٢ ص ٥٠ .

(٢) المحلى : جـ ٧ ص ٣٥١ .

المذهب الثالث : للشافعية ولهم فى ذلك ثلاثة آراء :

أحدهما : أن الملك موقوف على معنى أنه إن تم العقد بينهما ظهر أن المبيع ملك للمشترى من وقت التعاقد وإبرام العقد بين المتعاقدين ، وإلا فالملك باق فى ملك البائع .

وثانيهما : أن الملك ينتقل مع خيار المجلس كما هو رأى الحنابلة .

والثالث : أن الملك لا ينتقل كما هو رأى الظاهرية .

أدلة المذاهب ومناقشتها

أدلة المذهب الأول :

استدل الشافعية ومن معهم على أن العوض ينتقل بالعقد مع خيار الشرط بالمنقول والمعقول .

أما المنقول : فمنه ما رواه ابن ماجه عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال : « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر[1] فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع » . وفى رواية عن عبادة بن الصامت « أن النبى ﷺ قضى أن ثمرة النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع »[2] .

ووجه الدلالة فيه أن الرسول ﷺ جعل ثمرة النخل للمبتاع أى المشترى بمجرد العقد ولم يعلق الملك على شىء آخر ، فدل ذلك على أن المبيع يملك بمجرد العقد ، لأن الثمرة قد ملكت وهى تابعة للمبيع بمجرد العقد مع شرط الخيار فلأن يملك المتبوع من باب أولى .

(١) تأبير النخل : تشقيقه وتلقيحه ومعناه : شق طلع النخلة الأنثى ليذر فيها شىء من طلع النخلة الذكر (راجع نيل الأوطار : جـ ٥ ص ١٧١) .

(٢) نيل الأوطار : جـ ٥ ص ١٧١ .

وأما المعقول ، فلأن العقد متى استجمع الأركان والشروط التى اعتبرها الشارع لصحته وانتفى المانع انعقد العقد صحيحا وترتب عليه أثره إذا صدر من أهله ووقع فى محله كما لو حصل التفرق والاختيار .

ويرد على هذا الاستدلال :

أولا : بأن الحديث فى غير محل النزاع لأنه محمول على ما بعد التفرق أو التخاير بدليل الأحاديث المثبتة لخيار المجلس فإنها تدل على أن الرضا لا يتم إلا بانتهاء المجلس أو التخاير فيه وإلا لما كان هناك داع إلى إثبات الخيار لهما ، فلا ينتقل الملك لانتفاء تمام الرضا المعتبر شرعاً فى انتقال الملك بالعقد[1] .

والجواب عن هذا : بأنه لا مانع من انتقال الملك مع وجود خيار المجلس والأحاديث التى وردت بخيار المجلس ليس فيها نص على نفى انتقال الملك ، وما دام العقد وقع صحيحا فأى مانع يمنع من انتقال العوضين فيه وبخاصة إذا تم القبض بعد العقد ؟

دليل مذهب الظاهرية :

واستدل الظاهرية بما روى عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر وربما قال أو يكون بيع خيار »[2] .

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ نفى البيع قبل التفرق إلا إذا كان بيع خيار ، ولا جائز أن يكون النفى متجها إلى حقيقة البيع ، لأنها ثابتة باتفاق ، فيتجه إلى الحكم وهو انتقال الملك .

---

(١) محاضرات فى خيارات البيع : ص ١٢ .

(٢) متفق عليه - البخارى : جـ ١ ص ٢٩٥ .

ويرد على هذا: بأنه لاحجة لابن حزم فى الحديث على ما ذهب إليه لأن لفظ الحديث يفيد ثبوت الخيار للعاقدين إلى أن يتفرقا أو يختارا إما صحة العقد وفساده فلم يتعرض الحديث لشىء من هذا فيرجع الحكم فيه إلى ما قرره الشارع لصحة العقود وفسادها ، فإذا كان العقد فاسدا لم يصححه اختيار العاقدين أو أحدهما لإمضائه بل يكون فاسدا ، ويفسخ العقد رضى العاقدان بهذا أم لا .

الترجيح : والذى يترجح فى نظرنا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة لأنه لو كان العقد غير صحيح لوجب على العاقدين أن يستأنفاه إذا اختارا البيع ولم يقل أحد بذلك .

المبحث الرابع

العقود التي يدخلها خيار المجلس

خيار المجلس لا يثبت عند القائلين به إلا في العقود اللازمة من الجانبين التي تقبل الفسخ كالبيع وما في معناه من العقود ومنها الهبة بعوض وصلح المعاوضة وهو الصلح الذي يكون عن دين أو عين إذا أقر بهما من ادعى عليه.

والأصل في ذلك قوله ﷺ : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[1] فيقتصر ثبوت هذا الخيار على مورد النص وهو البيع وما في معناه، وذلك لأن هذه العقود هي التي يمكن للخيار أن يعمل فيها عمله ويظهر أثره.

وقد وضع الشافعية[2] للعقود التي يدخلها خيار المجلس معيارا دقيقا فقالوا: إن خيار المجلس يثبت في كل معاوضة محضة واقعة على عين أو منفعة على التأبيد لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري ولا جرت مجرى الرخص.

محترزات التعريف :

فخرج بالمعاوضة: الهبة بلا ثواب والوقف. وبالمحضة، الخلع والنكاح والصلح عن دم العمد، وبواقعة على عين أو منفعة على التأبيد، الإجارة ودخل بقوله أو منفعة على التأبيد بيع حق الممر ونحوه، وخرج بلازمة من الجانبين، ما هو جائز منهما كالجعالة والقراض والشركة، وخرج به أيضا العقود اللازمة من جانب واحد كالرهن، وخرج بليس فيها تملك قهري :

---

(١) صحيح البخاري: جـ ١ ص ٢٩٥.

(٢) حاشية الشرقاوي: جـ ٢ ص ٤٠، ٤١، روضة الطالبين: جـ ٣ ص ٤٣٣.

الشفعة ، وبقوله : ولا جرت مجرى الرخص ، الحوالة فإنها بيع دين جوز الحاجة ، فلا خيار مجلس فى هذه المذكورات من المحترزات ويثبت فيما عداها .

العقود التى لا يثبت فيها خيار المجلس :

أولا : العقود اللازمة من الجانبين ولكنها لا تقبل الفسخ ومنها : الزواج والخلع فهذه العقود ونحوها لا يثبت فيها خيار المجلس لعدم قابليتها للفسخ من جانب ومن جانب آخر فإن هذه العقود لا تقع عادة إلا بعد نظر وروية من الجانبين ، فتكون بهذا غير محتاجة إلى خيار مجلس ، ولأن فى ثبوت الخيار فى النكاح إضرار بالمرأة ، فإنه يعرضها للمهانة والابتذال ويلحقها بالسلع المبيعة ، فكان عدم ثبوت الخيار فى النكاح ملاحظ فيه ذلك .

ثانيا : العقود الجائزة من الطرفين وهى العقود التى ينتفى فيها اللزوم من الجانبين كالوكالة والوديعة والعارية والوصية قبل موت الموصى فهى أيضا لا يثبت فيها خيار المجلس لاستغنائها بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها . ومثل ذلك المضاربة ونحوها .

ثالثا : العقود التى يكون اللزوم فيها من جانب واحد كالرهن والكفالة ، فإن هذه العقود لا يظهر فيها أثر الخيار ما دام الفسخ فيها ممكنا قبل التفرق من المجلس وبعده . فإن الرهن لازم فى حق الراهن وحده فلا يثبت فيه خيار لأن المرتهن يستغنى عن خيار الشرط بالجواز فى حقه والراهن يستغنى بثبوت الخيار له إلى أن يقبض . وكذلك لا يثبت خيار المجلس للضامن والكفيل فلا خيار لهما لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن .

رابعا : العقود المترددة بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة ، فقد اختلف الفقهاء بالنسبة لهذين العقدين .

فقال الحنابلة فى ظاهر مذهبهما ، إنهما جائزان ، فلا يدخلهما خيار ، وقيل : إنهما كعقد إجارة فلهما حكمها ، وأما الشافعية فلهم فيهما طريقان : أصحهما الخلاف فى أنهما كالإجارة .

والثانى : القطع بالمنع لعظم الغرر فيهما فلا يضم إليه غرر الخيار .

والسبق والرمى على القول بأنهما جعالة هو الظاهر فلا يثبت فيهما ، وعلى القول بأنهما إجارة فالخيار يثبت فيهما .

وأما الحوالة والأخذ بالشفعة فكل منهما عقد لازم يستقل به أحد العاقدين فلا خيار فيهما لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له وإذا لم يثبت فى أحد طرفيه فلا يثبت فى الآخر كسائر العقود ، ويحتمل أن يثبت للمحيل والشفيع لأنه يقصد فيها العوض فأشبها سائر عقود المعاوضات ، كما لا يثبت خيار المجلس فى قسمة الإجبار لأنها إفراز حق لا بيع[1] .

---

(١) يراجع : روضة الطالبين : جـ ٣ ص ٤٣٣ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ١٦٧ ، الشرح الكبير المقدسى جـ ٢ ص ٦٢ ، الخلاف فى الفقه ـ المجلد الأول ص ٥٠٨ ، فقه الإمام جعفر جـ ٣ ص ١٥١ .

المبحث الخامس

ما ينتهى به خيار المجلس

ينتهى خيار المجلس عنـــد من يقول بمشروعيته بأمور نذكرها فيما يلى :

أولا : تفرق العاقدين من مجلس العقد :

والمراد بالتفرق هنا هو التفرق بالأبدان ، فإذا تفرق كل من العاقدين أو أحدهما بالأبدان عن مجلس العقد انتهى الخيار ولزم البيع . والمرجع فى التفرق المسقط لخيار المجلس إلى العرف الجارى والعادة المتبعة ؛ لأن التفرق ورد مطلقاً فى لسان الشرع فيحمل على ما تعاهده الناس وتعارفوه . يقول ابن قدامة : « لأن الشارع علق عليه - أى التفرق - حكماً ولم يبينه فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والحرز »[1] .

فلو طال مكث المتعاقدين فى المجلس ، أو قاما من مجلسهما وسارا معاً ، لم ينقطع خيارهما .

أما إذا كان المتبايعان فى غرفة فالتفرق يحصل بمغادرة أحدهما لتلك الغرفة ، وإن كانا فى سوق أو صحراء فالتفرق يحصل بأن يولى أحدهما ظهره للآخر ويمشى ولو قليلا . فقد سئل أحمد — رضى الله عنه — عن تفرقة الأبدان فقال : إذا أخذ هذا هكذا ، وأخذ هـــذا هكذا فقد تفرقا[2] . ولو تبايعا فى دار ، أو خص فخرج أحدهما إلى الطريق فقد تفرقا

---

(١) الشرح الكبير المقدسى ج ٤ ص ٦١ .

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٦٣ .

وتم البيع[١] .

وذلك لما رواه مسلم بسنده عن ابن عمر ـ رضى الله عنهما ـ أنه كان إذا اشترى شيئاً قام فمشى هنية ثم رجع[٢] .

ونقل النووى عن جماعة من الشافعية : أن التفرق لا يحصل فيما ذكر إلا إذا بعد أحد العاقدين عن صاحبه بحيث لو كلمه الكلام العادى من غير رفع صوت لم يسمع ، وكذلك نقل عن الروياني من الشافعية : أنه يكفى فى حصول التفرق أن يولى أحد العاقدين ظهره لصاحبه[٣] .

وعند الزيدية : أن التفرق المبطل للخيار ما يسمى فى العادة تفرقاً ، ففى المنزل الصغير بخروج أحدهما ، وفى الكبير التحول من مجلسه بخطوتين ، أو ثلاث لفعل ابن عمر[٤] .

ولعله لا يوجد خلاف أو تعارض بين هذه الأقوال ، إذ المرجع فى التفرق إلى العرف ، وهو يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الخيار ينتهى بالتفرق بالأبدان إذا كان كل منهما قد ترك مجلس العقد راضياً مختاراً أما إذا أكره العاقدان أو أحدهما على ترك المجلس ففى هذه الحالة هل يبقى الخيار أو لا ؟

ذهب الشافعية ، والقاضى من الحنابلة : إلى أن الإكراه يلغى الأثر المترتب على الفعل المكره عليه فيكون التفرق كأن لم يكن .

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٣٦٦ .

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ١٨٥ .

(٣) المجموع ج ٩ ص ١٩٢ ، المهذب ج ١ ص ٢٥٥ .

(٤) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٤٦ .

وذهب الشافعية والحنابلة أيضاً فى رأى : إلى أن الخيار يسقط لوجود الغاية التى علقه الشارع عليها وهى التفرق .

والثانى مردود عليه بأن التفرق الشرعى لم يوجد إذ الفعل المكره عليه بمنزلة المعدوم شرعاً .

وبناء على ما سبق يكون الراجح هو الأول ؛ لأن المكره لم يحصل منه ما يدل على إسقاط الخيار أو يشعر به ، ولأن الله تعالى رفع عن هذه الأمة الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

ومن صور الإكراه بالنسبة لكل منهما ما لو رأيا سبعاً أو ظالماً خشياه فهربا فزعاً منه ، أو حملهما سيل ، أو فرقت بينهما ريح(١) . ففى هذه الصور لا ينقطع خيار كل منهما أو المكره منهما ، ويظل المكره خياره إذا فارقه الإكراه ما دام فى المجلس الذى زايله فيه الإكراه حتى يفارق ذلك المجلس ، أما غير المكره فإن لم يخرج معه انقطع خياره إلا إن منع من الخروج معه .

ومتى حصل التفرق لزم العقد مطلقاً سواء قصدا هذا التفرق أو لم يقصداه ، علما بذلك أو جهلاه .

ثانياً : التخاير :

هو أن يختار كل من العاقدين إما إمضاء العقد ، أو فسخه صراحة ، أو دلالة كأن يقولا فى المجلس بعد العقد : اخترنا إمضاء العقد أو فسخه ، وغير ذلك من الألفاظ الدالة على إسقاط الخيار صراحة كأجزناه أو أمضيناه

---

(١) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٥ ، الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٦٤ .

ونحو ذلك ، أو أن يتصرف كل منهما فى المقابل بعد قبضه تصرفاً يشعر أنهما رضيا إمضاء العقد أو فسخه .

فإذا اختارا إمضاء العقد لزم العقد وانتهى الخيار ، وإذا اختارا الفسخ زال العقد وانتهى الخيار أيضاً . وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1] .

وذهب بعض الفقهاء إلى القول : بأن خيار المجلس لا ينتهى بالتخاير ما دام المجلس قائماً ، بل إنه لا ينتهى إلا بالتفرق بين العاقدين بأبدانهما من مجلس العقد ، وهذا معناه أن التخاير لا يقطع خيار المجلس ، وبهذا قال الخرقى من الحنابلة على ما حكاه صاحب المغنى .

دليل مذهب الجمهور :

استدل الجمهور على مذهبه بقوله صلى الله عليه وسلم : « أو يقول أحدهما للآخر اختر » .

ووجه الدلالة من الحديث : أنه صلى الله عليه وسلم علق بقاء الخيار على أحد أمرين : الأول: تفرق المتعاقدين بأبدانهما من مجلس العقد ، والثانى: قول أحدهما للآخر: اختر ، وهذا هو المذهب الراجح لأنه هو الذى يتفق مع الحديث ، فإن اختارا الإمضاء لزم العقد ، وإن اختارا الفسخ زال العقد . .

أما إذا قال أحدهما للآخر : اختر وسكت المسئول فخياره باق باتفاق أما السائل فخياره فيه قولان للفقهاء :

القول الأول : لا ينقطع خياره لأنه خيره فلم يختر فلم يؤثر ذلك فى

---

(١) المجموع ج ٩ ص ١٩٠ ، المغنى ج ٣ ص ٥٦٧ .

خيار السائل كما لو قال لزوجته : اختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط ، وبهذا قال الإمامية ، وأحد قولى الشافعية ، والرواية الراجحة عند الحنابلة .

القول الثانى : وهو الأصح عند الشافعية ، وأحد قولى الحنابلة أن خياره ينقطع بقوله لصاحبه : اختر لقوله صلى الله عليه وسلم : «أو يقول أحدهما للآخر اختر» . وهذا هو الراجح ؛لأنه صلى الله عليه وسلم حصر لزوم العقد فى أمرين : الأول : بالتفرق من مجلس العقد ، والثانى : بالتخاير بأن يقول أحدهما للآخر : اختر لزوم العقد أو فسخ العقد ، فلايبقى الخيار بعد ذلك ، وما يقال من أن خيارهما باق فى هذه الصورة فهو صحيح ، لأنه إذا شرط المتبايعان الخيار مدة معلومة مشروعة فأجاز أحدهما العقد قبل انتهاء المدة سقط الخيار بالنسبة لمن أجاز العقد وبقى الآخر على خياره فكذلك هنا[1] . وأما قياسهم على خيار المرأة فى الطلاق فهو قياس فى مقابل النص فلا يعمل به ، ولو سلم العمل به فهو غير مطابق لأنه قياس مع الفارق ، فإن المرأة ليست مالكة للخيار ، وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملك ، فإذا سكتت بقى على حقه وهنا المشترى يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه فى الخيار . أما خيار السائل فإنه ينقطع لظاهر الحديث ؛ ولأنه بهذا القول قد أفصح عن رغبته فى لزوم العقد وإنهاء الخيار[2] .

بعض المسائل المتعلقة بالتخاير :

١ — إذا قال أحد العاقدين لصاحبه : اختر ، فقال الآخر : اخترت البيع انتهى الخيار فى حقهما ولزم العقد لوجود الاختيار .

٢ — وإذا اختار أحد العاقدين إمضاء العقد ، واختار الآخر فسخه

---

(١) المرجعان السابقان .

(٢) المجموع ج ٩ ص ١٨٥ - ١٩١ ، المغنى ج ٣ ص ٥٦٨ .

أجيب طالب الفسخ ؛ لأن الفسخ أقوى[1] من الإجازة ، وقد شرع الخيار للتمكن من الفسخ .

٣ — ولو تنازع المتبايعان بأن قال أحدهما : تفرقنا وتم البيع ، أو قال أحدهما للآخر : خيرتني فاخترت إمضاء البيع ، وقال الآخر خلاف ذلك ، فأيهما يقبل قوله ؟

اختلف العلماء في هذا اختلافاً كبيراً .

فقال الشافعية والزيدية : القول لمنكر التفرق والفسخ مع يمينه ؛ لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ ، بخلاف ما إذا اتفقا على عدم التفرق وادعى أحدهما الفسخ فدعواه الفسخ فسخ[2] .

وقال ابن حزم : إن كانت السلعة في يد البائع ، أو كانت معروفة له ببينة ، أو بعلم الحاكم ولو لم تكن في يده وكان الثمن في يد المشتري ، فالقول قول مبطل البيع منهما كائناً من كان مع يمينه ؛ لأنه مدعى عليه عقد بيع لا يقر به ، ولا بينة عليه فليس عليه إلا اليمين بحكم رسول الله ﷺ حيث قال ﷺ: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

فإن كانت السلعة في يد المشتري وهي غير معروفة للبائع ، وكان الثمن عند البائع . فالقول قول مصحح البيع منهما مع يمينه ؛ لأنه مدعى عليه نقل شيء عن يده ، ومن كان في يده شيء فهو في الحكم له فليس عليه إلا اليمين .

وإن كانت السلعة والثمن معاً في يد واحد منهما ، فالقول قوله مع يمينه

---

(١) المجموع جـ ٩ ص ١٩١ .

(٢) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٦ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٤٧ .

لأنه مدعى عليه ، وهكذا القول فى كل ما اختلف فيه المتبايعان[1] .

وقال ابن مسعود ، والشعبى ، وأحمد بن حنبل : إذا اختلف المتعاقدان استرد كل منهما العوض دون أيمان .

وقال حماد وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومالك : إن كانت السلعة قائمة تحالفا وفسخ البيع ، إن كانت قد هلكت فالقول قول المشترى مع يمينه ، هذا إذا لم تكن بينة .

وقال شريح ، والشافعى ، ومحمد بن الحسن : إذا اختلف المتبايعان حلفا جميعاً ، فإن حلفا ، أو نكلا فسخ البيع ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بقول الذى حلف سواء كانت السلعة قائمة ، أو مستهلكة مع رد ثمن المستهلكة .

والذى يترجح فى نظرى : أنه عند الاختلاف يسترد كل منهما العوض دون أيمان ، لأن الاختلاف دليل على عدم الرضا بالتعاقد والفسخ مقدم على لزوم العقد .

الأمر الثالث : زوال الأهلية :

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : وهو الأصح عند الشافعية ، وهو مذهب الزيدية ، والإمامية أنه إذا فقد أحد العاقدين أهليته فى مجلس العقد بأن يكون قد جن أو أغمى عليه ، فلا ينقطع خياره بل ينتقل الخيار إلى الولى[2] ، فيفسخ العقد أو يجيزه .

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٣٦٧ وما بعدها .

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٥ ، والبحر الزخار ج ٤ ص ٣٤٧ ، الخلاف فى الفقه المجلد الأول ص ٥١٦ .

المذهب الثاني : وهو مذهب الحنابلة : أنه إذا فقد الأهلية فلا ينقطع خياره بجنونه ، ومن باب أولى المغمى عليه ، بل ينتظر إفاقته ، فإن أفاق من جنونه أو إغمائه في مجلس العقد فهو على خياره ، ولا ينتقل الخيار لوليه ، لأن الرغبة في المبيع أو عدمها لا تعلم إلا من جهته[1] .

والذي يترجح في نظري هو الأول ، فينتقل الخيار لوليه ليختار ما يراه الأوفق والأصلح لفاقد الأهلية ، ولا ينتظر إفاقته لأن بقاء الخيار للمجنون أو المغمى عليه حتى يفيق ، فيه إضرار بالمتعاقد الآخر إذ لا يعلم متى يفيق ، وقد يطول جنونه أو تطول فترة إغمائه .

هذا إذا فقد الأهلية بالجنون أو الإغماء ، فإن مات أحد المتعاقدين قبل التفرق وانفضاض مجلس العقد ، فسقوط الخيار أو عدم سقوطه بالموت محل خلاف أيضاً بين الفقهاء .

المذهب الأول : وهو مذهب الحنابلة ، ورأى مرجوح للشافعية أن خيار المجلس يسقط بالموت لأن الموت أعظم الفرقتين[2] .

المذهب الثاني : وهو الراجح عند الشافعية[3] ، وهو مذهب الإمامية أن الخيار لا يسقط بالموت بل ينتقل إلى الوارث .

ووجهة الحنابلة ومن وافقهم : أن الخيار إذا كان ينتهي بمفارقة الأبدان فالمفارقة بالموت أعظم لأنه يتعذر منه الخيار فيسقط لعدم الفائدة في بقائه ،

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠٠ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٦٨ ، المغني : ج ٣ ص ٥٦٦ .

(٣) المجموع ج ٩ ص١٩٦ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٤٧ ، الخلاف في الفقه المجلد الأول ص ٥١٥ .

لأن الخيار لا يورث[1] .

ويرد على هذا : بأن الفائدة موجودة ؛ لأن حق الفسخ والإمضاء يصير للوارث ؛ لأن الخيار حق مالى لتعلقه بالمال ، والحقوق المالية تنتقل من الميت لوارثه .

وما قيل : من أن الموت فرقة فينتهى به الخيار ، مردوه بأن الموت على القول بأنه فرقة إلا أنه فرقة اضطرارية ، فأشبهت الإكراه .

واستدل الشافعية : على أن خيار المجلس لا يسقط بالموت بأن الخيار يتعلق به حق مالى ، وهو قد ثبت لإصلاح المال فينتقل إلى الوارث ، شأنه فى هذا شأن سائر الحقوق المالية ، وهذا هو الراجح ؛ لأن الميت مات على خياره فيخلفه الوارث .

وعلى هذا إذا كان الوارث واحداً ، وكان حاضراً مجلس العقد وقت موت مورثه انتقل الخيار إلى الوارث ، فيظل المجلس مستمراً بين الوارث وبين العاقد الآخر إلى أن يتفرقا ، أو يختارا كما لو كان المورث باقياً[2] .

فإن كان الوارث غائباً عن مجلس العقد ففيه أربعة أوجه :

الوجه الأول :

أن الوارث له الخيار عند بلوغه الخبر ، ويمتد خياره ما دام باقياً فى المجلس الذى بلغه الخبر ، وهو الأصح عند الشافعية ؛ لأن مجلس بلوغ

---

(١) شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٦٨ .

(٢) المجموع ج ٩ ص ٢٢٤ وما بعدها .

الخير بالنسبة إلى الوارث يقوم مقام مجلس العقد ؛ لأن خيار المجلس يورث عند الشافعية .

الوجه الثانى :

أن الخيار يثبت للوارث على الفور ، بحيث لو مضت مدة يتمكن فيها من الفسخ ولم يفسخ لزمه العقد قياساً على خيار العيب .

ويرد عليه : بأن هذا قياس غير مطابق ؛ لأن خيار المجلس يخالف خيار العيب فى هـــذا فسكوت العاقد فى خيار المجلس لا يسقط خياره بخلاف خيار العيب .

الوجه الثالث :

أن خيار المجلس ينتقل للوارث ، ويمتد إلى أن يجتمع بالعاقد الآخر ، ومعنى هذا أن مجلس الخيار يكون مجلس اجتماع الوارث بالعاقد الآخر ، وهذا لا يصح لما فيه من الغرر إذ لا ندرى متى يجتمع الوارث والعاقد الحى ؟

الوجه الرابع :

أن الخيار يثبت للوارث إذا شاهد المعقود عليه ؛ وذلك لأنه لا يتمكن من إعمال الخيار على الوجه الأكمل إلا إذا رأى الشىء المبيع .

وهذا مردود ؛ لأن عقد البيع الذى وقع بين المورث والعاقد الآخر عقد صحيح لا يؤثر فى صحته جهالة الوارث بالمبيع ، ثم إن فى امتداد الخيار إلى أن يشاهد السلعة جهالة لأنه قد يتهرب من الرؤية[1] .

---

(١) راجع روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٤٠ .

والراجح فى نظرى : الوجه الأول، لأن الذى ينتقل إلى الوارث ما كان ثابتاً لمورثه ، ويقوم مجلس بلوغ الخبر مقام العقد لأنه المجلس الذى علم الوارث فيه بالخيار ، قال فى التهذيب : إن خيار المورث لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس . قلت : قول صاحب التهذيب أصح[1] .

مسألة : تتعلق بالتعاقد بالهاتف وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟

يمكن القول : بأن التعاقد بالهاتف يجرى فيه الخلاف فى حكم ثبوت خيار المجلس ، وذلك على قولين :

القول الأول : أنه لا يثبت للمتعاقدين خيار إذا كان التعاقد بينهما بواسطة الهاتف لأنهما لم يلتقيا بأبدانهما فكيف يفترقان بأبدانهما ؟

وهذا القول مبناه على أن خيار المجلس يسقط بالافتراق بالأبدان ، فإذا كان التفرق الطارىء يقطع الخيـــار ؛ فلأن يقطعه المقارن من باب أولى .

وهذا مردود لأن مجلس العقد هو المكان الذى تم فيه التعاقد والتقى فيه كل من المتعاقدين بحيث يسمع كل منهما صاحبه ، فإذا كان التعاقد بواسطة الهاتف فإن مجلس العقد هو مدة استمرار الاتصال بينهما .

والقول الثانى : يثبت لهما خيار المجلس ما داما لم يقطعا المكالمة ولم يتخايرا ، وتقوم المكالمة مقام مجلس العقد ، وهذا هو الراجح لأن خيار المجلس قد شرع رفقاً بالمتعاقدين حتى يستطيع كل منهما أن يدبر أمره ، ويعيد النظر فيما أقدم عليه ليتم العقد بعد تمام الرضا ، والأمر فى هذا لا يختلف بالنسبة لمن يتعاقد بالهاتف فيثبت له خيار المجلس ، متى كانت المكالمة مستمرة بين المتعاقدين ، فإذا انقطعت المكالمة انتهى مجلس العقد .

---

(١) المرجع السابق ج ٣ ص ٤٣٩ .

وهذا الحكم مبناه على ما جاء عن الإمام النووى حيث يقول : لو تناديا متباعدين وتبايعا صح البيع ، قال الإمام : يحتمل أن يقال : لا خيار لهما ؛ لأن التفرق الطارىء يقطع الخيار فالمقارن يمنع ثبوته ، ويحتمل أن يقال : يثبت ما دام فى موضعهما ، وبهذا قطع صاحب التتمة ثم إذا فارق أحدهما موضعه بطل خياره ، وهل يبطل خيار الآخر أم يدوم إلى أن يفارق مكانه ؟ فيه احتمالان للإمام ، قلت : الأصح ثبوت الخيار وأنه متى فارق أحدهما موضعه بطل خيار الآخر[1] .

(١) روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٣٨ .

الفصل الرابع

خيار الرؤية

نتعرض فى هذا الفصل لأهم المسائل المتعلقة بخيار الرؤية ، ويحسن بنا قبل أن نتعرض لهذه المباحث أن نعرف أولا خيار الرؤية ليكون ذلك مدخلا لدراسة هذه المسائل .

<u>معنى خيار الرؤية :</u>

خيار الرؤية هو أن يكون للعاقد الذى عقد على شىء معين لم يره حق فسخ العقد أو إمضائه إذا رآه .

والفقهاء لا يريدون بالرؤية خصوص المشاهدة بالبصر ، بل المراد بالرؤية ما هو أعم وأشمل من ذلك ، ذلك لأن المقصود من الرؤية هو العلم بالمعقود عليه سواء كان طريق العلم هو النظر أم غيره من وسائل المعرفة الأخرى كالشم فى المشمومات ، والذوق فى المذوقات ، والجس فى الأشياء التى لاتعرف إلا بالجس .

وبناء على هذا فإن خيار الرؤية يكون مورده فى الأشياء التى تم التعاقد عليها دون أن يسبق له رؤيتها ، فيثبت له الحق فى فسخ العقد أو إجازته فى كل مالم يره وقت إنشاء العقد أو قبله بزمن لا يتغير فيه مثله ؛ وذلك لأن بيع العين الغائبة بالوصف جائز لكن لوحظ فيه أن الوصف مهما كان دقيقاً نافياً للجهالة فإنه لا يصل فى العادة إلى درجة الرؤية المحققة للمعرفة والتى يتم بها الرضا وترتفع معها الجهالة المفضية إلى الضرر .

أما عن المباحث المتعلقة بخيار الرؤية فهى كما يلى :

المبحث الأول : فى بيع الغائب .

المبحث الثانى : فى مشروعية خيار الرؤية .

المبحث الثالث : فى وقت خيار الرؤية ومدته .

المبحث الرابع : فى أثر خيار الرؤية فى العقد .

المبحث الخامس : ما يثبت به خيار الرؤية ولمن يثبت ؟

المبحث السادس : فى شروط ثبوت خيار الرؤية .

المبحث السابع : ما ينتهى به خيار الرؤية .

المبحث الأول

في بيـــع الغائب

لما كان خيار الرؤية مرتباً على بيع عين غائبة ناسب ذلك أن نتكلم عن بيع الغائب، فنتكلم أولا : عن آراء الفقهاء فيه، ثم نتبع ذلك بآرائهم في مشروعية خيار الرؤية في المبحث الذي يليه.

آراء الفقهاء في بيع الغائب:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن المعقود عليه إذا كان حاضراً في مجلس العقد مشاهداً للمتبايعين فالبيع صحيح، واتفقوا أيضاً على أنه إذا كان المبيع موصوفاً في الذمة جاز التعاقد عليـــه متى استجمع ما اعتبره الشارع لصحة السلم.

واختلفوا بعد هذا في شأن المبيع الذي رآه المتبايعان قبل العقد ثم تعاقدا عليه بعد ذلك ولم يكن مرئياً لهما عند التعاقد اكتفاء برؤيته السابقة.

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على القول الراجح عندهم إلى أن هذا المبيع إذا كان من شأنه لا يتغير غالباً في تلك المدة فالعقد صحيح[١].

وذهب أبو القاسم الأنماطي - من الشافعية - إلى أن العقد غير صحيح وهو رواية مرجوحة عند الحنابلة.

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٣٦٣، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٥، المجموع جـ ٩ ص ٣١٦، المغني جـ ٣ ص ٥٨٣.

الأدلة ومناقشتها

استدل الجمهور بقياس الرؤية السابقة على العقد على الرؤية وقت العقد بجامع العلم بالمبيع فى كل منهما ، وإذا صح العقد مع مشاهدة المبيع وقت العقد فيكون صحيحاً إذا رآه المتعاقدان قبل العقد وأمنا تغييره .

واستدل الأنماطى ومن وافقه : بأن الرؤية شرط لصحة العقد فيعتبر وجودها فى حال العقد قياساً على الشهادة فى النكاح .

ويرد على هذا بأنه : قياس مع الفارق ؛ لأن الغرض من رؤية المبيع العلم به ، وقد حصل هذا فى الرؤية على العقد إذا أمن تغيير المبيع ، والأمر فى الشهادة على النكاح بخلافه ، فإن المقصود من الشهادة فى النكاح الاحتياط والاستيثاق .

وبناء عليه يكون الراجح ما ذهب إليه الجمهور ، فيكون البيع صحيحاً بالرؤية المتقدمة على التعاقد إذا كان المبيع من شأنه أن لا يتغير فى المدة ما بين الرؤية والتعاقد وكان ذلك مأموناً .

وإذا قلنا بصحة العقد فى هذه الحالة فهل يكون لازماً بحيث لا يجوز لأحد من طرفيه الرجوع عند الرؤية بعد العقد ؟ الأمر فى هذا يتوقف على وجود المبيع عند القبض على الصفة التى رآه عليها من قبل . فإذا كان المبيع على حالته التى كان عليها قبل التعاقد فالعقد لازم ، وعليه أن يدفع الثمن للبائع ولا خيار للمشترى مادام البيع لم يتغير لعدم الحاجة إليه .

أما إذا تغير المبيع عند رؤيته عن الحالة التى رآه عليها من قبل ، فقد ثبت الخيار للمشترى فى إمضاء العقد أو فسخه نظراً لأنه قد رضى به على الحالة التى كان عليها وقت أن رآه ، فإذا ما تغيرت حالته فلا يكون مجبراً على قبوله مع هذا التغير بل يكون له الخيار فى هذه الحالة ، والخيار الذى يكون للمشترى

فى هذه الحالة ليس خيار الرؤية ، وإنما هو لتغير المبيع بيد البائع[١] .

فإن اتفق المتعاقدان على تغير المبيع فالأمر ظاهر وثبوت الخيار للمشترى لا خلاف فيه ، أما إذا نازع كل من البائع والمشترى فى حدوث تغير المبيع من عدمه ، بأن يكون المشترى يدعى التغير ، والبائع ينفى هذا فأيهما يكون مصدقاً فيما يدعيه ، البائع أو المشترى ؟ هنا وقع خلاف بين الفقهاء فى هذا على ثلاثة آراء :

الرأى الأول : أن القول للمشترى مع يمينه ، وهو رأى الحنابلة[٢] ، والصحيح من مذهب الشافعية .

الرأى الثانى : أن القول للبائع مع يمينه ، وهو مذهب الحنفية ووجه مرجوح للشافعية .

الرأى الثالث : رأى من ذهب إلى التفصيل وهم المالكية فقالوا[٣] :

إذا قطع أهل الخبرة بالتغير ، فالقول للمشترى بلا يمين ، وإن قطعوا بعدم التغير فالقول للبائع كذلك ، وإن رجح أهل الخبرة واحداً من التغير أو عدمه فالقول لمن يدعيه مع اليمين ، وإذا أشكل الأمر على أهل المعرفة فشكوا ولم يقطعوا أو يرجحوا التغير وعدمه فالقول للبائع بيمينه .

---

(١) راجع المجموع ج ٩ ص ٣٢٥ .

(٢) المغنى ج ٣ ص ٥٨٤ ، المجموع ج ٩ ص ٣٢٥ ، البدائع ج ٧ ص ٣٢٦٣ .

(٣) الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥ .

الأدلة

استدل الشافعية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه فقالوا : إنه لو جعل القول للبائع لكان فى هذا إلزام للمشترى بشىء لم يعترف به ، وهو الثمن وهذا لا يصح .

واستدل الحنفية ومن معهم : بأن الأصل عدم التغير فيكون القول لمن يدعيه وهو البائع .

واستدل المالكية : بأنه فى حالتى القطع والترجيح يحصل العلم أو الظن القوى ، وفى حال الشك يصدق البائع لأنه منكر إذ المشترى حينما يدعى تغير المبيع يدعى حقه فى الرد على البائع وهو ينكر والقول للمنكر .

هذا إذا كان المبيع مما لا يتغير غالباً فى المدة اللاحقة للرؤية السابقة على العقد .

أما إذا كان المبيع بخلاف ذلك فحاله لا يخلو من أحد أمرين :

الأمر الأول : أن يكون مما يسرع إليه الفساد والتغير غالباً فى المدة السابقة فيكون البيع فاسداً ؛ لأن المبيع بمنزلة مجهول الحال ، والعلم به شرط لصحة العقد .

الأمر الثانى : أن يكون المبيع مما يحتمل التغير وعدمه ، فيكون تغيره أو عدمه على حد سواء ، فالبيع صحيح ؛ لأن الأصل بقاء المبيع على الصفة التى كان عليها وقت الرؤية ، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة [1] .

---

(١) راجع المغنى ج ٣ ص ٥٨٤ ، المجموع ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

وخالف الشافعية فى رأى مرجوح عندهم حاصله ، أن البيع فاسد للشك فى بقاء المبيع على صفته[1] .

هذا كله فيما إذا كان المبيع قد سبقت رؤيته قبل التعاقد ولم يكن موجوداً مشاهداً عند التعاقد .

أما إذا كان المعقود عليه عيناً غائبة لم تشاهد مطلقاً لكل من العاقدين لا وقت العقد ولا قبله ، وتعاقدا عليه مع بيان جنسه ونوعه دون بقية الأوصاف الأخرى فهذا أيضاً محل نزاع بين الفقهاء ، ويمكن بيان مذاهب الفقهاء فى ذلك على الوجه التالى :

المذهب الأول : يصح بيع الغائب مطلقاً ، وإلى هذا ذهب الحنفية ، وهو الراجح فى المذهب القديم للشافعى ، ورواية مرجوحة للحنابلة ، وإليه ذهب المالكية إن اشترط العاقد الخيار له عند الرؤية .

المذهب الثانى : يصح بيع الغائب إذا وصف المبيع ، وإلى هذا ذهب ابن حزم ، والحنابلة على الراجح ، وهو رأى مرجوح من المذهب القديم للشافعى ، وهو مذهب المالكية ، فيشترط عند المالكية فى المبيع على الصفة خمسة شروط :

١ — ألا يكون بعيداً جداً كالأندلس وأفريقية .

٢ — ألا يكون قريباً كالحاضر فى البلد .

٣ — أن يصفه غير البائع .

٤ — أن يحصر الأوصاف المقصودة كلها .

---

(١) المجموع ج ٩ ص ٣٢٥ .

ه - ألا ينقد ثمنه بشرط إلا فى المأمون كالعقار ، ويجوز النقد من غير شرط .

المذهب الثالث : لا يصح بيع الغائب مطلقاً ، وإلى هذا ذهب الشافعى فى الجديد ، والحنابلة على الراجح[1] .

الأدلة ومناقشتها

أولا : أدلة المجيزين لبيع الغائب مطلقاً :

استدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : (وأحل الله البيع)[2] . ووجه الدلالة أن الله أحل ما يتناوله اسم البيع فيشمل بيع الغائب لدخوله تحت البيع الذى أحله .

ويرد على هذا الاستدلال : أن الآية الكريمة مخصوصة بما لم يرد النهى عنه ، وبيع الغائب غرر والغرر منهى عنه ، ومن الغرر بيع الغائب للجهل بالمبيع ، فيكون بيع الغائب منهى عنه .

وأما السنة : فمنها ما رواه ابن أبى شيبة والبيهقى بسندهما عن مكحول أن النبى ﷺ قال : « من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء تركه وإن شاء أخذه » .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص٢٩٢ ، المهذب ج ١ ص٢٦٣ ، بداية المجتهد ج٢ ص ١٥٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٥٦ ، المغنى ج ٤ ص ٧٤ ، المحلى ج ٨ ص ٣٤١ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٧٥ .

وفى رواية عن إبراهيم بن خالد عن وهب اليشكرى عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »[1] .

ووجه الدلالة : أن النبى ﷺ أثبت الخيار للمشترى إذا اشترى شيئاً لم يره ، فدل هذا على صحة بيع الغائب ، لأن الخيار فرع الصحة .

ونوقش هذا الدليل بما يلى :

أن هذا الحديث قد طعن فى طرقه أهل الدراية بالحديث بما لا تقوم معه حجة ، فقد جاء من طريق مكحول عن النبى ﷺ ، فيكون هذا الحديث مرسلا ؛ لأن مكحولا تابعى والمرسل لا يصح الاحتجاج به ، ثم فى إسناده أيضاً أبو بكر بن أبى مريم ، وهو ضعيف باتفاق المحدثين ، وقد علق الشافعى القول به على ثبوته ونقل النووى اتفاق الحفاظ على تضعيفه .

والرواية الثانية للحديث ضعيفة أيضاً ؛ لأن عمر بن إبراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث ، وذكر الدارقطنى أنه تفرد به . قال الدارقطنى ، والبيهقى : المعروف أن هذا من قول ابن سيرين وإذا كان الأمر كذلك فالحديث برواياته المختلفة لا يصح الاحتجاج به[2] .

وأما الإجماع : فيؤخذ مما أخرجه الطحاوى والبيهقى من حديث علقمة ابن أبى وقاص أن طلحة بن عبد الله — رضى الله عنه — اشترى من عثمان — رضى الله عنه — أرضاً بالبصرة فقيل لعثمان : إنك قد غبنت . فقال عثمان : لى الخيار لأنى بعت ما لم أره ، وقال طلحة: لى الخيار لأنى اشتريت

---

(١) تلخيص الحبير ج ٣ ص ٦ ، ونصب الراية ج ٤ ص ٩ .

(٢) نصب الراية ج ٤ ص ٩ ، وتلخيص الحبير ج ٣ ص ٦ ، والمجموع ج ٩ ص ٢٣١ .

ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان »[1] .

ووجه الدلالة : أن كلا من الصحابيين الجليلين قد عقدا البيع ولم ير كل واحد منهما المعقود عليه ، وقد حكم جبير بن مطعم لطلحة بالخيار فدل على مشروعية بيع الغائب ؛ لأن الخيار فرع الصحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ؛ لأن قصة يجرى فيها التخالف بين صحابيين كبيرين ، ثم إنهما حكما فيها غيرهما ، فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ، ولم يرد عن أحد خلافه كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً .

ويرد عليه : أننا لو سلمنا بأنه قول صحابي ، ولكنه لم ينتشر بين الصحابة فلا يكون حجة .

وأما المعقول : فمنه :

أولا : أن بيع الغائب تصرف صدر من الأهل فى المحل القابل لذلك فيصح كبيع الشيء المشاهد[2] .

ويرد على هذا : بأنه قياس مع الفارق ، فلا يصح لأن المبيع إذا كان مشاهداً كان معلوماً للعاقدين بخلاف ما إذا كان غائباً .

ثانياً : قالوا : إن البيع عقد معاوضة فيصح مع غيبة المعقود عليه قياساً على النكاح[3] .

ويرد على هذا أيضاً : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المعقود عليه فى النكاح هو الاستباحة ، ولا يمكن رؤيتها ؛ لأن الاستباحة أمر معنوى

---

(١) نصب الراية ج ٤ ص ١٠ ، تلخيص الحبير ج ٣ ص ٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٥٤ .

(٣) المبسوط ج ١٣ ص ٧٠ .

بخلاف البيع ، ولو سلم أن المعقود عليه فى النكاح هو المرأة ، فإن الرؤية لا تشترط مع هذا أيضاً لما فى ذلك من المشقة على النساء اللاتى من شأنهن أن يكن مخدرات[١] .

أدلة المجيزين لبيع الغائب بشرط الوصف :

استدل أصحاب هذا المذهب وهم : المالكية ومن وافقهم بالكتاب ، والمعقول :

أما الكتاب : فقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[٢] .

ووجه الدلالة[٣] من الآية الكريمة : أن الله تعالى أباح التجارة إذا كانت عن تراض ، وبيع الغائب عن تراض .

وهذا الاستدلال مردود من وجهين :

الأول : أن الآية وإن دلت على جواز بيع الغائب إلا أنه لم يرد فيها تفريق بين بيع الغائب بوصف أو بدون وصف ، وهذا يقتضى صحة بيع الغائب مطلقاً ، وهذا خلاف المدعى .

الثانى : أن الآية وردت عامة فتشمل بيع الغائب وبيع المرئى ولكنها تحمل على المشاهد دون الغائب لنهيه ﷺ عن بيع الغرر والغائب غرر .

وأما المعقول : فهو أن بيع الغائب إذا وصف يكون معلوماً للعاقدين فيصح قياساً على السلم[٤] .

وهذا الاستدلال غير مسلم ؛ لأن من المعلوم أن الوصف ليس كافياً

---

(١) المرجع السابق .
(٢) سورة النساء من الآية ٢٩ .
(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٤١ .
(٤) المغنى ج ٣ ص ٥٨٢ .

فى تحصيل العلم بالمبيع ثم إنه لا يصح قياس بيع الغائب على السلم لأن هذا قياس مع الفارق إذ أن المبيع فى السلم يكون فى الذمة بخلاف بيع الغائب هنا .

أدلة المانعين لبيع الغائب مطلقاً :

استدل أصحاب هذا الرأى على مذهبهم بالسنة والمعقول :

أما السنة فمنها :

١ — ما رواه مسلم بسنده عن أبى هريرة — رضى الله تعالى عنه — أن النبى ﷺ : « نهى عن بيع الغرر »[1] .

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ نهى عن بيع الغرر، وإذا كان المبيع غائباً اشتمل العقد على الغرر للجهل بالمبيع فيكون بيع الغائب منهياً عنه لاشتماله على الغرر المنهى عنه شرعاً .

وهذا الاستدلال مردود بأنه يحتمل أن الغرر المذكور فى الحديث هو الغرر الواقع فى صلب العقد كأن يكون البيع وقع مضافاً إلى وقت مجهول ويحتمل أن الغرر من الغرور وهو أن يغرى البائع المشترى بما ليس فى المبيع والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال فلا يكون حجة على المدعى .

٢ — ما رواه حكيم بن حزام أن النبى ﷺ قال : « لا تبع ما ليس عندك »[2] .

ووجه الدلالة من الحديث : أن النبى نهى عن بيع ما ليس حاضراً عند الإنسان وقت التعاقد ، لأن كلمة عند تفيد الحضور ، والنهى فى الأصل يكون للتحريم والتحريم يدل على الفساد فيكون بيع الغائب فاسداً .

وهذا الاستدلال مردود بأن المراد بما ليس عندك هو المعدوم أو الذى

---

(١) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى جـ ٤ ص ٤٢٤ ، ونيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٧ .

(٢) تحفة الأحوذى جـ ٤ ص ٤٣٠ . قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

لا يكون مملوكا للبائع وقت التعاقد ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال كما يقولون .

وأما المعقول : فقد قاسوا بيع الغائب على بيع المعدوم بجامع الغرر فى كل ، وبيع المعدوم باطل فكذلك بيع الغائب .

وهذا القياس غير مسلم ، لأنه قياس مع الفارق ، وذلك أن بيع المعدوم غير مقدور على تسليمه بخلاف بيع الغائب .

والراجح : هو قول من ذهب إلى صحة بيع الغائب مع الوصف قياساً على السلم لأن الإنسان قد يرغب فى شراء شىء قد يحتاجه فى وقت يكون فيه هذا الشىء غير حاضر فى مجلس العقد ، وقد يفوت الشىء المرغوب فيه إذا العاقد أجل عقده إلى أن يحضر المبيع و يشاهده فأباح الله هذا النوع من البيع لحاجة الناس إليه .

أما ثبوت خيار الرؤية فى بيع الغائب فهذا يتكفل ببيانه المبحث التالى .

المبحث الثانى

مشروعية خيار الرؤية

قدمنا فيما سبق أن بعض الفقهاء لا يرون صحة بيع الغائب ، وهؤلاء لايدخلون معنا فى مبحث مشروعية خيار الرؤية إذ أنه - كما علمنا - مرتب على القول بجواز بيع الغائب ، وعلى هذا سيكون مجال بحثنا منحصراً فى نطاق من يرى صحة بيع الغائب سواء كانوا يطلقون القول بالصحة ، أو يقيدونه بشرط الوصف .

أولا : رأى من يقول بصحة بيع الغائب مطلقاً :

فذهب الحنفية ، والشافعية فى المعتمد من مذهبهم ، والحنابلة على القول بصحة بيع الغائب مطلقاً إلى القول بأنه يثبت خيار الرؤية للعاقد عندما يرى المعقود عليه إن كان غائباً وقت العقد[1] .

وذهب الشافعية فى وجه ضعيف ورواية مرجوحة للحنابلة : إلى أن الخيار لا يثبت إلا إذا شرطه العاقد .

الأدلة :

أما الحنفية ومن وافقهم : فقد استدلوا على جواز خيار الرؤية للمشترى فى بيع الغائب بالأدلة الشرعية الواردة على مشروعية بيع الغائب ، ونختار منها قوله ﷺ : « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » ، وهذا ظاهر الدلالة على أن للمشترى الخيار عند رؤية المبيع شرط ذلك أم لا ؟

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٨ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٩٢ ، المجموع جـ ٩ ص ٣٢١ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٨٠ .

وأيضاً ما جاء فى قصة عثمان ، وطلحة - رضى الله عنهما - من قضاء جبير بن مطعم بثبوت الخيار فى بيع الغائب ، ولم ينقل إلينا مخالفة أحد من الصحابة ، فكان إجماعاً .

وأيضاً : فإن المعقود عليه لا تتم المعرفة به إلا بالرؤية أما قبل الرؤية فيكون العلم به ناقصاً فيثبت للعاقد الخيار عند الرؤية حينما يتم له العلم به ، دفعاً للحوق الضرر[1] .

وأما المخالفون لثبوت خيار الرؤية ، فيرون أن العقد إذا انعقد دون أن يشرط فيه خيار الرؤية فقد وقع على البت فلا ينقلب بعد ذلك جائزا .

وهذا الاستدلال مردود بأن العقد فى بيع الغائب لم يقع على البت بل وقع على الخيار من غير اشتراط ، وذلك لأن الشارع قد أثبته ، وما دام الشارع قد أثبت الخيار عند الرؤية فلا يتوقف على شرط .

والراجح : المذهب الأول القائل بثبوت الخيار بشرط أو بدون شرط فى العقد ، وذلك بالقياس على خيار العيب ، فإنه وإن وقع العقد لازماً إلا أنه إذا اطلع المشترى على عيب بالمبيع لم يكن عالماً به ثبت له الخيار شرعاً .

ثانياً : رأى من يقول بصحة بيع الغائب مع الوصف :

اتفق القائلون بصحة بيع الغائب مع الوصف على أنه إذا وجد المشترى المبيع على الصفة التى بيع عليها صح العقد ولا خلاف ، وإنما الخلاف بينهم فى أمرين :

الأمر الأول : فى صحة العقد إذا وجد المبيع على غير ما وصف .

فذهب المالكية ، والحنابلة ، والشافعية على القول بصحة بيع الغائب بشرط الوصف إلى أن العقد صحيح .

---

(١) راجع محاضرات فى خيارات البيع ص ١٩ .

وذهب ابن حزم إلى أن العقد باطل .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بقوله ﷺ : « من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه » وغيره من الأحاديث التى تثبت الخيار للمشترى إذا كان المبيع غائباً .

ووجه الدلالة : أن الرسول ﷺ قد أثبت للمشترى الخيار سواء وجد المبيع على الصفة التى بيع عليها أولا ، وإثبات الخيار يقتضى صحة العقد لأن الخيار إنما يكون فى العقد المشروع .

واستدل ابن حزم أن المبيع الغائب إذا بيع على الوصف ثم ظهر خلاف ما وصف تبين أنه لم يرد العقد عليه فلا يصح ، وفى ذلك يقول ابن حزم :

« فإن وجد الصفة بخلاف ما عقد الابتياع عليه فبيقين ندرى أنه لم يشترى تلك السلعة التى وجد ، لأنه اشترى سلعة بصفة كذا لا سلعة بالصفة التى وجد ، والتى وجد غير التى اشترى بلا شك من أحد فإن لم يشترها فليست له »[1] .

ويرد عليه : أن هذا الاستدلال العقلى يتناقض مع ما دل عليه الحديث المتقدم فلا يعمل به .

وبناء على ذلك يكون الراجح هو المذهب الأول ، وهو أن العقد صحيح وإذا صح العقد ثبت الخيار للعاقد فإن شاء أمضى العقد ، وإن شاء فسخه ، والخيار فى الصحة - كما سبق ذكره .

الأمر الثانى : إذا ثبت أن العقد صحيح سواء وجدت الشروط أو لم توجد ، فهل يكون لازماً فلا يكون له خيار ، أو يكون غير لازم فيثبت له الخيار ؟

(١) المحلى جـ ٨ ص ٣٤٢ .

اختلف القائلون بمشروعية الخيار فى ذلك .

فذهب المالكية ، وابن حزم ، والحنابلة فى الراجح من مذهبهم ، والشافعية فى وجه مرجوح إلى أن العقد لازم ، ولا يثبت فيه خيار لعدم وجود ما يدعو إليه .

وذهب الشافعية فى الأصح عندهم إلى ثبوت الخيار للمشترى لعموم الأحاديث الواردة فى صحة بيع الغائب ، وما ذهب إليه الشافعية هو الراجح .

المبحث الثالث

فى وقت ثبوت الخيار ومدته

اتفق الفقهاء[1] القائلون بمشروعية خيار الرؤية على أن العاقد المتملك كالمشترى ومن فى حكمه ، يثبت له هذا الخيار عند رؤية المعقود عليه ، فإذا اطلع عليه كان له حق الفسخ والإمضاء ؛ لأن هـذا الحق إنما أثبته الشارع للتملك ، دفعاً لما عسى أن يلحقه من الضرر ولا يتبين هـذا إلا عند رؤية المعقود عليه .

واختلفوا فى ثبوت الخيار قبل الرؤية ، ولهم فى ذلك ثلاثة آراء :

الرأى الأول : وهو الصحيح عنـد الشافعية والحنفية ، وهو أن المشترى يجوز له قبل الرؤية أن يختار الفسخ أو الإجازة ، فإن اختار الفسخ قبل رؤيته للمبيـع انفسخ العقد ، وإن اختار الإجازة لم تلزمه الإجازة بل يكون له مع هذا حق الرجوع ، عند رؤية محل العقد ولو أسقط هذا الحق صراحة بأن قال : أجزت العقد أو رضيت به أو تنازلت عن خيار الرؤية أو أسقطت حقى فى خيار الرؤية ، ونحو ذلك من العبارات الدالة على إسقاط هذا الحق .

أما نفاذ الفسخ ، فلأن العقـد غير لازم فى جانب المشترى ، فله أن يفسخه متى شاء ، وأما عـدم نفاذ الإجازة ، فلقوله ﷺ : « من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه »[2] .

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٣٦٩ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٨١ ، شرح الأزهار جـ ٣ ص ٩٢ ، فقه الإمام جعفر جـ ٣ ص ٢١١ ، المجموع جـ ٩ ص ٣٢١ .

(٢) تلخيص الحبير جـ ٣ ص ٦ ، نصب الراية جـ ٤ ص ٩ .

ووجه الدلالة من الحديث : أن الرسول ﷺ أثبت الخيار للمشترى عند رؤية المبيع إذا اشتراه ولم يره ، فلو أجزنا له الفسخ قبل الرؤية لكان ذلك منافياً لما دل عليه الحديث .

الرأى الثانى : لبعض الحنفية ، وهو وجه مرجوح للشافعية أنه لا ينفذ تصرفه قبل الرؤية لا بالفسخ ولا بالإجازة ، فإذا فسخ المشترى عقد البيع قبل رؤيته للمبيع فلا عبرة بهذا الفسخ فله أن يجيز العقد إذا بدا له ذلك عند ما يرى المبيع ، وكذلك إن أجازه قبل الرؤية فلا عبرة بهذه الإجازة وله حين رؤيته للمبيع أن يفسخ العقد إن شاء .

وحجتهم فى ذلك الحديث السابق ووجه استدلالهم به : أنه صلوات الله عليه قد علق الخيار بالرؤية ، فلو اختار الفسخ أو الإجازة قبلها فلا يثبت .

الرأى الثالث : وهو وجه للشافعية وإليه ذهب الإمامية : أن كلا من الفسخ والإجازة قبل الرؤية نافذ ، فإذا فسخ العقد قبل الرؤية انفسخ العقد ولم يكن له أن يجيزه بعد ذلك ، وإن أجازه قبل أن يرى المبيع نفذت الإجازة ، ولزم البيع ولم يكن له أن يفسخه عند الرؤية .

ودليلهم على هذا : أن خيار الرؤية حق ثابت بالعقد لا بالرؤية لأن الرؤية كاشفة عن وجود الخيار وليست سبباً ولا شرطاً لثبوته ، فدل ذلك على جواز الخيار قبل الرؤية كما يجوز بعدها .

وهذا غير صحيح ، لأن الحديث السابق أثبت الخيار وقت الرؤية لا قبلها ، فيكون القول بثبوته قبلها مخالف للنص وهو لا يجوز .

الترجيح : والذى يظهر لنا رجحانه : هو المذهب الأول ، وهو أنه يجوز نفاذ الفسخ دون الإجازة ، وإنما رجحنا هذا الرأى لأنه لا يتنافى مع

الحديث الشريف الوارد فى معرض الاستدلال ، وذلك لأن نفاذ الفسخ راجع إلى أن العقد غير لازم فى حق من ثبت له الخيار ، ولا يقتضى هذا ثبوت خيار الرؤية قبلها[1] .

هذا من حيث بيان وقت خيار الرؤية ومذاهب الفقهاء فيه ، أما من حيث وقت هذا الخيار وهل هو على الفور أو ليس له وقت محدد فالفقهاء فى هذا مختلفون أيضاً ولهم فيه ثلاثة آراء ، نذكرها فيما يلى :

الرأى الأول : وهو لفقهاء الحنفية ـ ما عدا الكرخى أن خيار الرؤية لا ينتهى إلا إذا وجد الرضا من المتملك بعد الرؤية صراحة ـ كقوله : رضيت ، وأجزت العقد ، وأمضيته ، أو دلالة ـ بأن يتصرف فى المعقود عليه تصرفاً يدل على الرضا ـ كما لو قبضه وانتفع به ، أو باعه ، أو أجره ، أو رهنه ، ونحو ذلك من التصرفات التى تدل على إرادة استبقائه واختيار الإمضاء .

وينتهى الخيار أيضاً حينما يتعذر الفسخ ، وذلك بهلاك المعقود عليه فى يد المشترى أو تعيبه أو نقصه ، أو زيادته زيادة تمنع من الرد .

فإذا لم يوجد شىء من ذلك بقى على خياره ولو ظل كذلك طول العمر[2] .

الرأى الثانى : وهو قول لبعض الحنفية والأصح عند الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية : أن الخيار يثبت على الفور ، بمعنى أنه إذا تمكن من الرؤية وقد مضى وقت يسمح لمن له الخيار أن يفسخ العقد ولم يحصل منه

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٣٩ ، البدائع جـ ٧ ص ٣٣٦٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٥ ص٢٩٥ ، وانظر محاضرات فى خيارات البيوع ص٢٠ .

ذلك سقط حقه فى الخيار وأصبح العقد لازماً[١] .

الرأى الثالث : وهو رأى أبى العباس والإمام يحيى من الزيدية والأصح عند الشافعية وقول للحنابلة ، أن الخيار يمتد مادام مجلس الرؤية ، فإذا انتهى المجلس ولم يحصل فيه رد سقط الخيار وصار العقد لازما[٢] .

الأدلة ومناقشتها

أدلة المذهب الأول :

استدل الحنفية على ماذهبوا إليه بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فمارواه ابن أبى شيبة والبيهقى بسندهما عن مكحول أن النبى ﷺ قال : « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه »[٣] .

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ جعل للمشترى حق إمضاء العقد أو فسخه بعد الرؤية مطلقا ، فيكون تحديدها بوقت الرؤية أو بمجلسها تقييد لهذا الإطلاق من غير دليل وهو لايجوز .

ويناقش استدلالهم بالحديث ، أنه على فرض ثبوت الحديث ، فإنه لايدل إلا على ثبوت حق الخيار للمشترى عند الرؤية ، وليس فيه مايدل على امتداد هذا الحق أو عدمه ، فمن قال بذلك فعليه بالدليل وإلا فهو قول باطل .

---

(١) المهذب جـ ١ ص ٢٦٢ ، البدائع جـ ٥ ص ٢٩٥ ، المغنى جـ ٤ ص ٧٨ - ٧٩ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٥١ ، شرح الأزهار جـ ٣ ص ٩٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) سبق تخريجه .

وأما المعقول : فإن سبب الخيار هو تدارك اختلال رضا العاقد ، فيبقى الخيار مادام سببه باقيا إلى أن يوجد مايدل على الرضا أو عدمه .

ويناقش هذا : بأن القول بهذا يشتمل على الضرر للعاقد الآخر ، لأن صاحب الحق فى الخيار قد يسكت مدة طويلة يفوت بمثلها ثمن السلعة ، واختلال الرضا الذى تقولون به سببه عدم الرؤية وعند الرؤية مع التمكن من الفسخ يزول الاختلال ، فيجب أن ينتهى خياره .

دليل الرأى الثانى :

ووجهة من قال : بأن الخيار على الفور أن عدم الفسخ بعد التمكن منه يدل على الرضا وهو يسقط الخيار فإذا رأى العاقد المبيع ومضى على ذلك مدة يتمكن خلالها من الفسخ ولم يفسخ لزمه البيع لأنه لو كان المعقود عليه لايوافق رغبته بعد الرؤية لفسخ العقد بعد تمكنه من الفسخ فلما لم يفعل دل ذلك على الرضا بالمبيع وهذا يسقط الخيار فيلزم العقد .

ويناقش بأن سكوته بعد الرؤية مباشرة لايدل على الرضا لاحتمال أنه للتروى ، إذ لا بد له من فترة يتمكن فيها من إبداء الرأى الذى يحقق مصلحته بالقبول أو الرد ثم إن القول بفورية الإجازة أو الفسخ فيه إجحاف بحق من له الخيار وتضييق عليه .

دليل الرأى الثالث :

واستدل من قال بأن خيار الرؤية يمتد إلى نهاية مجلس الرؤية ، بأن العقد قبل الرؤية غير تام ، وإنما يتم بالرؤية فيصير كأنه عقد وقتها فيثبت الخيار ممتدا إلى انتهاء مجلسها ، قياسا على خيار المجلس .

الترجيح : والذى يترجح فى رأينا : هو القول الثالث القائل : بأن مدة خيار الرؤية من حين مجلس الرؤية ويمتد إلى نهايته لأن العمل بمقتضاه

يحقق العدالة بين مصلحة البائع والمشترى ، فهو وسط ليس فيه إجحاف أو تطرف لأن جعل الخيار فور الرؤية فيه إجحاف بحق من له الخيار وهو المشترى وتضيق عليه لعدم تمكنه من التروى ، كما أن فى امتداده لآخر العمر - كما يقول الحنفية - إضرار أيما إضرار بالعاقد الآخر وهو البائع لأنه لا يعرف مصير سلعته لاحتمال أن يظل المشترى ساكتا ويرد فى الوقت الذى يراه ، ومن هنا فإن البائع يقع فى حيرة من أمر العقد أيتم أم لا ؟

وفى هذا من الإضرار مالا يخفى[1] .

---

(١) راجع محاضرات فى خيارات البيع ص ٢١ ومابعدها .

المبحث الرابع

أثر خيار الرؤية فى العقد

الأصل فى العقد أن يترتب عليه أثره إذا صدر من أهله ووقع فى محله وكان مستوفيا لأركانه وشروط انعقاده ولكن إذا دخله خيار الرؤية فما أثر هذا على العقد ؟ .

لخيار الرؤية أثر فى صفة العقد وفى حكمه معا .

أولا : أثره فى صفة العقد :

أما أثره فى صفة العقد ، فإنه يجعل العقد غير لازم بالنسبة للمشترى ولا يكون الخيار للبائع إلا إذا كان الثمن سلعة تتعين بالتعيين ، فإنه فى هذه الحالة يثبت للمتعاقدين خيار الرؤية إذ أن كلامنهما يعتبر بائعا ومشتريا .

ولكن عدم اللزوم فى العقد الذى يدخله خيار الرؤية ، هل يكون من وقت انعقاد العقد أم أنه ينعقد لازما ، ولا يكون جائزا إلا عند الرؤية فقط ، فيكون لمن ثبت له حق الخيار عند الرؤية فسخ العقد أو إمضائه أيهما شاء ، أما قبلها فلا يكون له هذا الحق لأن العقد قبل الرؤية يكون لازما؟

اختلف فقهاء الحنفية فى هذا على رأيين :

فذهب فريق منهم وهو وجه عند الشافعية : أن العقد الذى فيه خيار الرؤية عقد جائز منذ إنشائه إلى أن تتم الرؤية ، فيكون للمشترى فيه حق الإمضاء أو الفسخ أما قبلها فليس له إلا حق الفسخ فقط دون الإمضاء لأن هذا الحق متعلق بالرؤية ومترتب عليها .

وذهب فريق آخر من الحنفية وهو أيضا وجه عند الشافعية ، إلى أن

العقد الذى فيه خيار الرؤية ينعقد لازما فلا يتمكن من له حق الخيار من الإمضاء أو الفسخ لهذا العقد قبل الرؤية مطلقا .

وحجة الفريق الأول : أن العقد لا يكون لازما إلا بتمام الرضا وقبل الرؤية لا يتم الرضا ؛ لأن علمه بالمبيع غير تام فكان له الفسخ قبل الرؤية دون الإمضاء ، أما جواز الفسخ فلأن العقد غير لازم وأما عدم الإمضاء فلا يجوز لأنه متوقف على العلم التام بالمبيع وهو متوقف على الرؤية .

وحجة الفريق الثانى من الحنفية ومن وافقهم : بأن الشارع جعل القدرة على الفسخ والإمضاء مترتبة على الرؤية ، فيكون العقد قبلها على أصله وهو اللزوم إلى أن توجد الرؤية فيرتفع اللزوم[1] .

والذى يترجح فى رأينا : هو أن العقد يكون لازماً قبل الرؤية ؛ لأن الأصل فى العقد هو اللزوم إلى أن يوجد ما يستوجب العدول عنه ، وهو ثبوت الخيار ، وذلك لا يكون إلا عند الرؤية فيكون ما قبلها على أصله ، وهو اللزوم .

وأما نقصان الرضا وعدمه ، فلا يتحقق عند الرؤية فقط ؛ لأن بها يتبين موافقة المعقود عليه لرغبته ، أو عدم موافقته لها ، فإن رأى أنه موافق استمر رضاه بالعقد ، وإن رأى أنه غير موافق زال رضاه ، فيثبت له حق الفسخ[2] .

ثانياً : أثره فى حكم العقد :

اتفق الفقهاء القائلون بخيار الرؤية على أن العقد مع هذا الخيار صحيح ،

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٣٩ ، المجموع جـ ٩ ص ٢٩٣ ، وانظر محاضرات فى خيارات البيع ص ٢٢ .

(٢) راجع محاضرات فى خيارات البيع ص ٢٣ .

واتفقوا أيضاً على أن العقد غير لازم فى حق من ثبت له الخيار بعد الرؤية لا قبلها .

واختلفوا بعد ذلك فى ثبوت الأثر وهو انتقال الملك بهذا العقد قبل الرؤية أو لا ؟[1]

فذهب فريق من الفقهاء ، ومنهم : الحنفية والشافعية : إلى أن العقد تام قبل الرؤية وأنه يثبت أثره عليه من انتقال الملك ؛ لأن سبب نقل الملك هو العقد الصحيح وقد وجد فيترتب عليه حكمه ، حيث لا مانع منه . إلا أن الملك فى هذا العقد الذى فيه خيار الرؤية غير تام ، بمعنى أن لمن له حق الخيار فسخ العقد دون توقف على رضا الطرف الآخر ودون التجاء إلى القضاء لاحتمال زوال الرضا عند الرؤية ، فكان الملك فيه غير تام حتى يتمكن من له حق الخيار من إزالة الضرر الذى يحتمل أن يلحقه من جراء هذا العقد .

وحجة الحنفية ومن وافقهم على ماذهبوا إليه : بأن إيجاب أحد العاقدين قد ارتبط بقبول الآخر من غير تقييد بشرط خيار من أحدهما ، فقد رضى كل منهما بخروج عوضه عن ملكه إلى ملك صاحبه ، وكان ينبغى على هذا أن يلزم العقد إلا أن الشارع أثبت الخيار فسلب لزوم العقد فى حق من ثبت له الخيار .

وذهب المالكية والشافعية فى وجه آخر لهم : أن العقد غير تام والملك به لا ينتقل ؛ لأن احتمال الفسخ قائم ، فالعقد مع هذا غير مستقر ، والملك إنما يترتب على العقد المستقر[2] .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٣٧ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٦١ .

(٢) الخرشى جـ ٥ ص ٣٤ .

وعلى هذا ، فإن العقد لا يحصل إلا بالرضا ، وتمام الرضا لا يكون قبل الرؤية فيكون غير تام .

ويمكن أن يناقش هذا : بأنه لا دخل لاستقرار العقد فى ترتب الحكم ، بل أثره إنما يظهر فى إمكان رفع العقد وفسخه ، فإن بيع المعيب وعقد العارية المطلقة عن الوقت غير مستقرين لإمكان فسخهما ، ومع ذلك يترتب عليهما الحكم ، فالرأى الأمثل فى ذلك هو ما رآه الحنفية .

المبحث الخامس

ثبوت خيار الرؤية ولمن يثبت ؟

يثبت خيار الرؤية عند أكثر القائلين[1] بمشروعية هذا الخيار بالشرع دون توقف على اشتراط العاقد له، ودليل ذلك ما روى من أنه ﷺ قال : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » .

فقد أثبت رسول الله في الحديث الخيار ، سواء شرطه العاقد أولا .

وذهب الشافعية فى وجه ضعيف إلى أن خيار الرؤية ، لا يثبت إلا إذا اشترطه العاقد . ولعل وجه هذا الرأى أن الأصل فى عقد البيع اللزوم ، فإذا لم يشترط الخيار بقى العقد على لزومه ، ولكن هذا لا يتنافى مع ما دل عليه الحديث الشريف .

أما من يثبت له الخيار ؟ فالاتفاق قائم بين الفقهاء على أن خيار الرؤية يثبت للمشترى واختلفوا فى ثبوته للبائع على مذهبين :

المذهب الأول : أن خيار الرؤية عند القائلين به لا يثبت للبائع سواء كان قد رأى ما باعه أو لم يره ، وممن ذهب إلى هذا الرأى : الحنفية وهو الصحيح عند الشافعية على القول بصحة بيع الغائب[2] .

المذهب الثانى : وهو أن خيار الرؤية يثبت للبائع إذا باع ما لم يره، وممن

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٢٣٦٠ .

(٢) البدائع : جـ ٧ ص ٣٢٦١ ، المبسوط جـ ١٣ ص ٧٠ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٩ ، المجموع جـ ٩ ص ٣٢٢ .

ذهب إلى هذا الرأى : الحنابلة وبه قال الشافعية فى وجه[1] . وهو مذهب الإمامية والأباضية وابن شبرمة إلا أنهم يثبتون الخيار للبائع إن كان المعقود عليه أزيد من الوصف[2] .

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة والإجماع والمعقول :

أما السنة: فقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه » .

ووجه الدلالة أن رسول الله ﷺ علق الخيار بالشراء وأثبته للمشترى .

وأما الإجماع : فقد وقع بما حدث بين سيدنا عثمان وسيدنا طلحة رضى الله عنهما فى القصة التى سبق ذكرها .

ووجه الدلالة: أن سيدنا جبير بن مطعم قضى بالخيار للمشترى دون البائع وكان بحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً من الصحابة رضى الله عنهم على ثبوت الخيار للمشترى دون البائع فى بيع الغائب .

وهذا الاستدلال غير مسلم لأن الإجماع لم يثبت لأن عثمان رضى الله تعالى عنه قد خالف فى ذلك فيكون ما ذكر لا يعدو إلا أن يكون قول صحابى وقول الصحابى ليس حجة فيما للرأى فيه مجال كمسألتنا هذه[3] .

وأما المعقول : فهو أن البائع فى الأعم الأغلب يكون أكثر من المشترى

---

(١) المغنى جـ ٣ ص ٥٨١ ، المجموع جـ ٩ ص ٣٢٢ .

(٢) الروض النضير جـ ٣ ص ٥١٢ ، شرح النيل وشفاء العليل : جـ ٤ ص ١٣٨ ، فقه الإمام جعفر : جـ ٣ ص ٢٠٦ المحلى : جـ ٨ ص ٣٣٨ .

(٣) المغنى جـ ٣ ص ٥٨٢ .

تمكنا من رؤية المبيع لأن المبيع يكون غالبا فى يده ، وإن لم يكن فى يده فمن اليسير عليه أن يراه قبل بيعه ، فإذا لم يفعل كان مقصرا ، وكان الغلط الذى عساه أن يقع فيه غلط غير مغتفر .

أدلة المذهب الثانى :

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يأتى :

أولا : أن جبير بن مطعم وإن كان قد حكم بالخيار للمشترى وهو طلحة دون عثمان وهو البائع فليس دليلا لأنه قول صحابى وقد خالفه عثمان رضى الله عنه ، وقوله أولى لأن لزوم العقد يكون بتمام الرضا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ، فلم يكن البائع راضيا بالزوال قبل الرؤية .

ثانيا : أن المعنى الذى لأجله ثبت الخيار للمشترى موجود فى جانب البائع فيثبت له الخيار كما ثبت للمشترى .

ويرد على هذا الاستدلال ، بأنه قياس مع الفارق وذلك لأن الشخص إذا اشترى شيئا لم يره فإنه يشتريه على أنه خير مما يظن فيكون بمنزلة من اشترى شيئا على أنه جيد فإذا هو ردىء ، وهذا يثبت له الخيار ، أما إذا باع الشخص شيئاً لم يره فالشأن أن يبيعه على أنه أدون مما يكون قد ظنه فيكون بمنزلة من باع شيئا على ظن أنه ردىء فإذا هو جيد ، وهذا لا يثبت الخيار[1] .

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٩٢ ، وراجع نظرية الفسخ فى الشريعة الدكتور على مرعى ص ٤٢٤ .

المبحث السادس

فى شروط ثبوت خيار الرؤية

يثبت خيار الرؤية عند الحنفية بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين ؛ لأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد ، وإنما يملك بالقبض ، فلا يرد عليه الفسخ .

ولهذا يثبت خيار الرؤية فى الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء فيثبت فيها خيار الرؤية، ولا يثبت فى المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك ؛ لأن هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الأموال فصار الأصل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية ومالا فلا[1] .

الشرط الثانى : أن تكون العين التى بيعت لم يرها المشترى عند البيع ، فإن اشتراها وهو يراها كما يقع ذلك كثيرا ، فلا خيار له ، وإذا كان المشترى لم ير المبيع وقت العقد ، ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان المبيع وقت الشراء على حالته التى كان عليها ولم يتغير فلا خيار له ، وإن كان قد تغير عن حالته فله الخيار لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشتريا شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه .

ولكن هل تغنى رؤية الوكيل عن رؤية الموكل ؟

فى هذه المسألة تفصيل نذكره فيما يلى :

الوكيل إما أن يكون وكيلا فى الشراء أو فى القبض دون الشراء .

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٩٢ .

أما رؤية الوكيل بالشراء، فإنها تغنى عن رؤية الموكل ويسقط بها خيار الرؤية ويصير البيع لازما بالنسبة للموكل.

وأما إذا كان وكيلا فى القبض فقط فهذا محل نزاع بين فقهاء الحنفية، فيرى الصاحبان: أن حق الأصيل فى خيار الرؤية ثابت لا يسقط برؤية الوكيل بالقبض لأنه وكيل فى القبض فقط، ولم يكن وكيلا فى إسقاط الخيار.

ويرى الإمام أبو حنيفة: أن الوكيل بالقبض رؤيته كرؤية الموكل تماما فيسقط بها خيار الرؤية لأنه وكيل بقبض تام، والوكيل بالشىء وكيل بإتمامه، وتمام القبض يكون بإسقاط حق الخيار لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض.

المبحث السابع

ما ينتهى به خيار الرؤية

ينتهى خيار الرؤية بأمور نذكرها فيما يلى :

أولا : ينتهى خيار الرؤية بالإجازة بعد الرؤية لا قبلها صراحة أو دلالة.

أما الإجازة الصريحة : فهى أن يقول بعد رؤيته للمبيع : أجزت العقد أو ارتضيته أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرضا بالمبيع .

وأما الدلالة: فهى أن يتصرف فى محل العقد تصرفا يدل على الرضا كأن يقبض العين بعد أن يراها من غير أن يفسخ العقد ، فإن القبض فى هذه الحالة يصحبه العقد ، فالقبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية .

أو يتصرف فى المبيع بما يحمل عليه حقا للغير وذلك كرهنه مع التسليم أو بيعه بيعا باتا ، وإجارته أو وقفه ونحو ذلك من التصرفات التى تثبت للغير حقا على المعقود عليه .

ومما يسقط به خيار الرؤية دلالة إذا كان المبيع عقارا أو فى حكم العقار مما يثبت فيه حق الشفعة وبيع عقار بجواره فطالب من له حق خيار الرؤية بالشفعة ، فإذا كان ذلك بعد رؤيته فإنه يدل على الإجازة دلالة ويسقط به خيار الرؤية .

ثانيا : ينتهى خيار الرؤية بهلاك المبيع أو بعيبه جميعه أو بعضه وهو فى يد المشترى ، وكذلك بزيادته فى يده .

ثالثا : موت من له الخيار سواء أكان قبل الرؤية أم بعدها ، فإذا مات من له حق الخيار انتهى هذا لأنه لا يورث عند الأحناف لأنه رغبة شخصية والرغبات لا تملك بالإرث .

وهذه الأمور الثلاثة مما ينتهى بها الخيار فى مذهب الحنفية والزيدية[1] .

رابعاً : إذا تصرف فى العين تصرف الملاك كأن يبيعها أو نحو ذلك فإن مثل هذا التصرف ينتهى به الخيار سواء كان قبل الرؤية أو بعدها، وهذا عند الإمامية خاصة .

خامساً : ينتهى خيار الرؤية بإسقاطه بعد العقد وقبل الرؤية والأمر الرابع والخامس مما يسقط به خيار الرؤية عند الإمامية ، وهم فى ذلك يخالفون الأحناف[2] .

وحجتهم فى ذلك : أن الخيار حق ثابت بالعقد من حينه لا بالرؤية من حينها ولكل ذى حق أن يسقط حقه .

أجل . . إن الرؤية كاشفة عن وجود الخيار وليست سببا ولا شرطا لثبوته .

والراجح : ما ذهب إليه الأحناف لما سبق أن بيناه .

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٩٥ ، الزيلعى جـ ٤ ص ٢٥ ، فتح القدير ، جـ ٥ ص ٥٣٤ ، الروض النضير جـ ٣ ص ٥١٣ .

(٢) فقه الإمام جعفر الصادق جـ ٣ ص ٢١١ .

الفصل الخامس

فى خيار التعيين

نبحث فى هذا الفصل أم الأحكام المتعلقة بخيار التعيين وذلك فى المباحث التالية :

المبحث الأول : فى الصفة الشرعية لخيار التعيين وحكمة مشروعيته .

المبحث الثانى : فى من يحق له خيار التعيين وهل يورث ؟

المبحث الثالث : فى مدة خيار التعيين .

المبحث الرابع : فى أثر خيار التعيين على العقد .

المبحث الخامس : فى مبطلات خيار التعيين .

المبحث الأول

فى الصفة الشرعية لخيار التعيين وحكمة مشروعيته

وواضح أن الكلام فى هذا المبحث يتناول ثلاثة فروع :

الأول : فى صفة خيار التعيين .

الثانى : فى مشروعيته وآراء الفقهاء فيها .

الثالث : فى حكمة مشروعيته .

الفرع الأول

صفة خيار التعيين

قبل أن نذكر آراء الفقهاء فى خيار التعيين يحسن بنا أن نذكر صفة العقد الذى يدخله خيار التعيين ؛ لأن الحكم على الشىء فرع عن تصوره كما يقول علماء المنطق ، وصفة هذا النوع من الخيار تحقق فيما إذا كان المبيع مختلف الأنواع ، ويكون المشترى غير قادر على تحديد واحد منها بأن يتفق مع البائع على أن يشترى أحد الشيئين أو الأشياء على أن يعين أيهما أو أيها شاء ، وهذا ما يسمى خيار التعيين .

وصورة ذلك أن يذهب شخص إلى تاجر الساعات - مثلا - ويختار من بين الساعات المعروضة أكثر من واحدة ثنتين أو ثلاث ثم يتعاقد المشترى مع البائع على شراء واحدة غير معينة من الساعتين أو الثلاث على أن يكون له خيار التعيين فإذا ما وقع اختياره على واحدة منها أصبح العقد لازماً وانتهى الخيار .

الفرع الثانى

مشروعية خيار التعيين وآراء الفقهاء فيها

اختلفت كلمة الفقهاء فى هذا إلى مذهبين :

المذهب الأول : وهو مذهب الأحناف ، والمالكية ، والإمامية وقول أبى العباس من الزيدية أن خيار التعيين جائز ، فإذا أراد المشترى أن يتعاقد مع البائع على أن يختار بعد العقد أحد الشيئين فله ذلك[1] .

المذهب الثانى : وهو قول الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والأباضية وزفر من الحنفية ، وفيه قول للزيدية : أنه لا يجوز خيار التعيين[2] .

وحجة من ذهب إلى الجواز الاستحسان ، ووجه الاستدلال به قياس خيار التعيين على خيار الشرط والجامع بينهما مسيس الحاجة إلى رفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى رفع الغبن ، وخيار الشرط مشروع فيكون خيار التعيين مشروعاً .

وحجة من ذهب إلى عدم الجواز القياس فهو يقول : إن بيع أحد الشيئين من بيع المجهول فاسد ، فيكون البيع مع خيار التعيين فاسد فيمنع لأنه يؤدى إلى الغرر المنهى عنه .

---

(١) الزيلعى ج ٤ ص ٢١ ، حاشية الدسوقى ج ٣ ص ١٠٦ ، الخلاف فى الفقه المجلد الأول ص ٥٢١ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٥٥ .

(٢) المهذب ج ١ ص ٢٦٢ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٤٨ ، شرح النيل ج ٤ ص ٢٩ ، المحلى ج ٥ ص ٤٢٩ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ٢١ ، البحر الزخار ج ٤ ٣٥٥ .

ويناقش هذا بأنه قياس مع الفارق لأن الجهالة فيه لا تفضى إلى الغرر المنهى عنه بل لا يوجد هذا الغرر على الإطلاق ؛ لأنه إذا شرط الخيار بأن قال : على أن آخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم .

وإنما كانت الجهالة هنا لا تفضى إلى الغرر المنهى عنه ؛ لأن البائع فوض الأمر إلى اختيار المشترى يأخذ أيهما شاء ، فلا تقع المنازعات ، والجهالة إنما تفسد البيع إذا أفضت إلى المنازعة .

ومن هذا يظهر رجحان القول الأول القائل بجواز خيار التعيين لمساس الحاجة إليه قياساً على خيار الشرط استحساناً ؛ لأن المعنى الذى شرع من أجله خيار الشرط هو بعينه هنا .

الفرع الثالث

حكمة مشروعية خيار التعيين

وعلى القول الراجح القائل بمشروعية خيار التعيين فإن هذه المشروعية تظهر الحكمة منها فى أن الناس ليسوا سواء فى القدرات والخبرات ، فقد يحتاج إليه شخص لا معرفة له بالبيع والشراء ، ولا قدرة له على اختيار السلعة الجيدة النافعة ، وقد تعرض له فرصة فيخشى ضياعها لو لم يتعاقد على سلعة لا بعينها من بين عدد محدد كثلاثة أو أكثر أو أقل ويكون له خيار التعيين بعد هذا عندما يرجع إلى ذوى الخبرات والبصر بالمبيعات .

أو يكون الشخص الذى يحتاج إلى هذا النوع من الخيار من ذوى الوجاهة والمنزلة الاجتماعية أو يكون من ذوى المراكز الحساسة فى المجتمع أو يكون مريضاً لا تمكنه صحته من غشيان الأسواق ، أو توجد ضرورة شرعية تمنع من ذلك كالنسوة المخدرات فى المجتمعات المتدينة ، فيضطر هؤلاء وأمثالهم إلى إرسال من ينوب عنهم فى شراء ما يحتاجون إليه والبائع

قد لا يمكن الرسول من حمل السلعة والخروج بها من المتجر إلا بالشراء حتى لا تضيع أمانة ، وقد لا تندفع الحاجة بشراء واحد معين من هذه الأنواع المختلفة ، فقد لا يوافق ذلك الآمر ، أو قد يحتاج المشترى إلى غيره فى السلعة عن لهم دراية وخبرة بها ، ويخشى ضياع الفرصة لو لم يتعاقد عليها بأن يرتفع السعر أو يبتاعها الغير ، أو يعدل البائع عن بيع هذه السلعة ، فيلجأ إلى أن يشترى أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملها جميعاً الآمر أو الخبير ليساعده فى اختيار واحدة منها بالثمن المتفق عليه ويرد الباقى .

المبحث الثانى

من يحق له خيار التعيين ، وهل يورث ؟

أما من يحق له خيار التعيين عند القائلين بمشروعيته فقد اتفقوا على جواز اشتراط هذا النوع من الخيار للمشترى ومن فى حكمه ، واتفقوا أيضا على أنه لا يجوز اشتراطه لكل من المتعاقدين معا فى صفقة واحدة لأنه قد يحدث التناقض بينهما وهو يفضى إلى المنازعة المنهى عنها[1] .

واختلفوا بعد ذلك فى جوازه للبائع وكذلك فى جوازه للمشترى وكذلك فى جوازه لأجنبى عنهما .

فذهب المالكية[2] : إلى القول بجواز التعيين للبائع كما يجوز للمشترى ، وإلى هذا ذهب الكرخى من الحنفية .

وخالف فى ذلك الحنفية[3] غير الكرخى فمنعوا جوازه للبائع بمعنى أنه لا يجوز خيار الرؤية عندهم إلا للمشترى ومن فى حكمه .

وقد استدل من ذهب إلى الجواز بالمعقول فقال : يقاس جواز خيار التعيين للبائع على جوازه للمشترى بجامع الحاجة فى كل منهما وذلك لأن المعنى الذى من أجله أجيز خيار التعيين للمشترى هو نفسه المعنى الموجود عند البائع فقد يملك شخص سيارتين فيعرض عليه من له خبرة فى السيارات

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٢٢ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٢٣ ، الخلاف فى الفقه المجلد الأول : ص ٥٢١ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٢٦ ، وشرح المحلى على المنهاج وعليه حاشية قليوبى وحاشية عميرة : جـ ٢ ص ٢١١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٠٥ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٠٩ .

(٢) الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٢٦ .

(٣) رد المحتار على الدر المختار : جـ ٤ ص ٤٦ ، تبيين الحقائق : جـ ٤ ص ١٩ .

أن يبيعه إحداهما ويحدد لكل واحدة منهما ثمنا ويكون البائع فى حاجة إلى واحدة منهما فقط ومستغنيا عن الأخرى ويرغب فى أن يعرض الأمر على أهل الخبرة بالسيارات ليتبين له الفضل منهما ليحتفظ بها فيقبل هذا البيع على أن يكون له خيار التعيين ، وإذا تبين لنا أن حاجة البائع قد تدعو إلى هذا النوع من الخيار كان خيار التعيين جائزا للبائع كما هو جائز للمشترى بالقياس الصحيح وهذا هو الراجح .

وأما جوازه لأجنبي عن المتعاقدين ، فقد وقع فيه خلاف سبق توضيحه فى خيار الشرط ، وقد رجحنا القول بجوازه وعلى ذلك يكون الراجح هنا أنه يجوز اشتراط خيار التعيين لأجنبي عن العقد لأن الحاجة قد تدعو إلى جواز اشتراطه وذلك كأن يكون هذا الأجنبي ممن له خبرة بالمعقود فيحتاج المتعاقد إلى خبرته فيشترط الخيار له وهذا لا مانع فيه لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المتعاقدين ثم إنه أيضا سيكون هذا الأجنبي وكيلا عن أحد المتعاقدين وقواعد الوكالة لا تمنع ذلك .

وعلى قول من يرى أن خيار التعيين يكون لكل من البائع والمشترى على حد سواء للحاجة إلى هذا ، فهل يورث هذا الخيار ؟ فى هذه المسألة خلاف بين الفقهاء سبق أن أوضحناه فى خيار الشرط وقلنا إن الفقهاء لهم فى هذا مذهبان : الأول يقول بالجواز وأن الخيارات تنقل إلى ورثة من له الحق فى الخيار، لأنه حق يتعلق بالمال فيورث، إذ هو وصف للعقد ولا يكون العقد كاملا إلا به لأنه صفة من صفاته ، فينتقل مع العقد كما تنتقل آثار العقد للوارث وليس صفة للعاقد فيبطل بموته كما تبطل سائر صفاته ، وعلى هذا فإن خيار التعيين يورث عند أصحاب هذا الرأى وهم المالكية والشافعية والإمامية والأباضية[1] ، والمذهب الثانى : يرى أن الخيارات لا تورث

---

(1) المهذب جـ ١ ص ٢٥٧ ، حاشية الخرشى جـ ٤ ص ٢٨ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٥٠ ، شرح النيل : جـ ٤ ص ٥٥٢ .

وبه قال الحنفية والحنابلة والظاهرية والزيدية[1] ، وذلك لأن الخيارات لا تورث لأنها رغبات شخصية فالخيار مجرد مشيئة وإرادة ، والمشيئة والإرادة صفة المورث فلا تنتقل إلى الوارث كسائر أوصافه التى لا تقبل الانتقال .

إلا أن الحنفية خالفوا فى جواز انتقال خيار التعيين للوارث فقالوا : إن خيار التعيين يثبت للورثة بعد موت مورثهم بخلاف خيار الشرط ، وذلك لأن فى خيار التعيين إحدى السلعتين موروثة باعتبار أن البيع لازم فى أحدهما فكان من الضرورى أن يثبت خيار التعيين للورثة إذ أن ملك المورث أصبح مختلطا بملك الغير ، ومن حقهم تمييزه ، وليس معنى هذا أن خيار التعيين يورث ، وإنما يثبت خيار التعيين للورثة ابتداء لتمييز ملكهم عن ملك الغير ، حتى على رأى من يرى من الحنفية أن خيار التعيين يلزم أن يكون متضمنا خيار الشرط إذ بالموت سقط حقهم فى خيار الشرط ولكن لهم ملكا ثابتا بخيار التعيين فى إحدى السلعتين وهذا الملك ورثوه عن مورثهم فلزمهم تمييز ملكهم عن ملك غيرهم .

وبناء على ما قدمناه يكون من الواضح أن خيار التعيين يورث بإجماع الفقهاء .

---

(١) المبسوط : جـ ٣ ص ٤٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢١٠ ، المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٧١ ، الخلاف فى الفقه ص ٥١٥ ، ٥١٦ .

المبحث الثالث

مدة خيار التعيين

اختلف الفقهاء فى العقد الذى دخله خيار التعيين هل يشترط فيه بيان مدة هذا الخيار أولا يشترط ذلك فيه خلاف ؟ على قولين :

فذهب بعض فقهاء الحنفية[1] والمالكية إلى أنه لابد من بيان مدة خيار التعيين وإلا كان العقد باطلا .

وذهب الحنفية ما عدا الكرخى والطحاوى إلى جواز هذا العقد من غير ذكر المدة .

ووجه من قال بعدم الجواز أن المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا قد بيع بشرط الخيار كان بيان المدة شرط لصحة هذا العقد فكذلك إذا كان المبيع واحدا غير معين والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وهو مفسد للبيع ، فكان لابد من ذكر المدة .

واستدل من قال بجواز العقد من غير ذكر المدة بما يأتى :

أولا : أن توقيت الخيار فى المعين إنما كان شرطا لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى رفع الغبن بواسطة التأمل ، فكان فى معنى الاستثناء، فلابد من التوقيت ليصح استثناء ذلك فى الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم بل يثبت الحكم فى أحدهما غير معين وإنما يمنع تعين المبيع لا غير فلا يشترط بيان المدة .

---

(١) البدائع جـ ٥ ص٥٧، المبسوط جـ ١٣ ص٥٥، فتح القدير جـ٥ ص٥٢٢ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢١ ، حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٠٦ وما بعدها، الخرشي على مختصر خليل جـ ٤ ص ٣٣ وما بعدها .

ودليل التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا وخيار التعيين بالأجل عند من أجازه ، إلا أن المشترى أن يردهما جميعاً لا حكماً لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم ، فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط معهود .

ثانيا : أنه لا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط ، فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى الوقت ، ولا يمكنه تعينه بمضى الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشروط المدة .

ويناقش هذا : بأن هناك فائدة لشرط المدة وهى دفع الضرر عن البائع لما يلحقه من مطل المشترى التعيين إذا لم يشترط المدة فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه .

الترجيح : وبناء على ما تقدم يكون الراجح هو قول من يرى أن خيار التعيين يشترط فيه بيان المدة وإلا كان باطلا وذلك لأن خيار التعيين يعتبر امتدادا طبيعيا لخيار الشرط ثم إن خيار التعيين قد ثبت على خلاف القياس لما فيه من الجهالة بالمبيع وقت العقد ، والجواز فيه إنما ثبت استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار . وإذا كان الضرر المترتب على الجهل بالمدة فى خيار الشرط ثابت أيضا فى خيار التعيين فيكون حكمهما واحد وإذا بطل العقد للجهل بالمدة فى خيار الشرط بطل أيضا فى خيار التعيين .

المبحث الرابع

أثر خيار التعيين على العقد

خيار التعيين يترتب عليه أثر فى العقد الذى تضمنه ، وهذا الأثر الذى نعنيه يتمثل فى الوصف الذى يلحق بذلك العقد من ناحية انتقال الملك أم لا ؟ فيكون الكلام فى فرعين :

الأول : الوصف الذى يلحق العقد الذى دخله خيار التعيين .

الثانى : فى حكم هذا العقد من حيث انتقال الملك به .

الفرع الأول

الوصف الذى يلحق بالعقد الذى يدخله خيار التعيين

اختلف الفقهاء فى العقد الذى فيه خيار التعيين هل يتضمن خيار الشرط تلقائياً ، وبدون اشتراط ذلك فى العقد ؟ أم لا بد من اشتراطه حتى يكون متضمناً له ؟

فذهب كثير من الفقهاء الأحناف ، ومنهم الكرخى ، وصاحب الهداية إلى أن خيار التعيين يتضمن خيار الشرط دون حاجة إلى ذكره[1] .

وذهب المالكية ، وبعض فقهاء الحنفية إلى القول : بأن خيار التعيين لا يتضمن خيار الشرط دون ذكره[2] .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٥٢٢ ، رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٥٨ ، وما بعدها ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢١ ، الهداية جـ ٣ ص ٣١ ، المبسوط جـ ١٣ ص ٥٥ وما بعدها .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٠٦ .

وحجة أصحاب المذهب الأول ، أن هذا العقد الذى دخله خيار التعيين ثبت على خلاف القياس لجهالة المبيع وقت لزوم العقد ، وإنما ثبت استحساناً بموجب السنة ، والسنة جاءت بجواز خيار الشرط فيصح شرط الخيار بدون ذكره .

ويناقش هذا : بأنه لو تضمن خيار التعيين خيار الشرط بدون ذكره لأدى ذلك إلى تمام العقد ، وكان له حق الفسخ ، وهذا خلاف العقد لأنه إنما تم على أن يكون لأحدهما حق اختيار العقد لازماً بالنسبة لواحد غير معين ، وعلى من له الخيار أن يعين .

فحكم المبيع على هذا القول ثبوت الملك للمشترى فى أحد الشيئين من غير تعيين على أن يكون له خيار التعيين بعد ذلك .

وهذا معلوم من كلام المتعاقدين حيث قال البائع : بعتك أحد هذين الثوبين أو غيرهما من الأشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت ، فقبل المشترى على هذا ، وهذه الصيغة توجب ثبوت الملك للمشترى فى أحدهما ، وثبوت خيار التعيين أيضاً ، ويكون الشىء الآخر ملك البائع ولكنه أمانة فى يد المشترى إذ أنه قبضه بإذن المالك لا على وجه التمليك ، ولا على وجه الثبوت ، فكان أمانة ، وليس للمشترى أن يأخذهما جميعاً لأن المبيع أحدهما .

والذى يترتب على أن المبيع أحدهما لا بعينه أنه لو هلك واحد منهما قبل القبض فلا يبطل العقد ؛ لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ، ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل ويكون البيع صحيحاً بيقين والشك فى بطلانه ، والعقد لا يبطل بالشك ، إلا أن المشترى فى هذه الحالة يكون بالخيار إن شاء أخذ الباقى بثمنه ، وإن شاء ترك المبيع ؛ لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين وهذا يوجب له الخيار .

أما لو هلك الكل قبل القبض فقد بطل العقد ؛ لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل العقد .

والذى نستخلصه من ذلك أن العقد الذى دخله خيار التعيين موصوف بأنه غير لازم بمعنى أن الملك الثابت بهذا العقد يكون غير لازم قبل الاختيار وللمشترى أن يردهما جميعاً ؛ لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية ، وإذا كان الملك فيه غير لازم إذ فيكون الفسخ محتملا والسبب فى ذلك أن حاجة الناس داعية إلى ذلك فقد يكتشف المشترى بخيار التعيين أن كلا منهما لا يوافقه ، فيحتاج إلى ردهما . فلو كان العقد لازماً لأدى ذلك إلى انعدام تلك الحاجة .

وبناء على ما تقدم يكون الراجح هو القول الثانى ، وهو أن خيار التعيين لا يتضمن خيار الشرط إلا إذا اشترطه فى العقد ؛ لأن مقتضى هذا القول أن يكون البيع لازماً قبل خيار التعيين فى أحد المبيع ما لم يكن قد اشترط فى العقد خيار شرط أو يكون قد وجد سبب آخر يقتضى الفسخ .

أما على القول الأول فإن المبيع يكون غير لازم ؛ لأن له أن يرد الجميع بخيار الشرط الذى تضمنه خيار التعيين دون ذكره فى العقد ، وهذا خلاف مقتضى البيع مع خيار التعيين .

الفرع الثانى

فى حكم انتقال الملك بالعقد الذى فيه خيار التعيين

لما كان خيار التعيين ثبت عـــلى خلاف القياس بالسنة على سبيل الاستحسان إلحاقاً بخيار الشرط فالملك فى خيار التعيين يأخذ نفس الحـكم الذى ثبت فى خيار الشرط ، وقد تقرر من قبل أن المالـكية يذهبون إلى أن الملك فى خيار الشرط للبائع وهنا كذلك ، وأما الإمامية فيقولون : إن الملك للمشترى وهنا أيضاً كذلك . وأما أبو عباس من الزيدية ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحنفية فيقولون : إن كان الخيار للمشترى فملك المبيـع له ولا يطالب بالثمن قبل مضى مدة الخيار ، وإن كان الخيار للبائع ملك الثمن ولا يطالب بالمبيع قبل مضى مدة الخيار ، وأما أبو حنيفة فيقول : إن المبيـع يخرج من ملك البائع ، ولا يدخل فى ملك المشترى ، وأن الثمن يخرج من ملك المشترى ولا يدخل فى ملك البائع وهو الراجح .

المبحث الخامس

مبطلات خيار التعيين

يبطل خيار التعيين بأمور نوجزها[1] فيما يلي :

أولا : أن يختار من له الخيار في المدة صراحة أو دلالة :

أما الاختيار صراحة فهو أن يقول : اخترت كذا ، أو رضيته ؛ أو أخذته ونحو ذلك ، وأما الاختيار دلالة ، فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم ، وذلك بأن تكون العين المبيعة شاة - مثلا - فيذبحها ، أو حذاء فيستعمله ، أو قماشاً فيخيطه ، أو عقاراً فيطالب بالشفعة ؛ لأن الشفعة إنما تطلب لدفع ضرر الجوار ، وذلك يفيد استدامة الملك .

ثانياً : انتهاء مدة الخيار دون أن يختار من له حق الاختيار .

فإن كان العقد فيه خيار التعيين فقط ، ومضت المدة بطل خيار التعيين ، ولزم العقد فيلزمه النصف من كل منهما ، لأن واحداً قد لزمه ولا يعلم من هو منهما ، فوجب أن يكون شريكا فيهما ، وهذا عند المالكية .

أما إذا كان العقد على اختيار التعيين ، والشرط المشروط في العقد فلا يلزمه شيء ، لأن تركه الاختيار إلى مضى المدة دليل على الرجوع عن البيع حتى ولو تم القبض ، لأن البيع لم يقع على معين حتى يلزمه ،

---

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٦١ وما بعدها ، فتح القدير ج ٥ ص ٥٢٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٠٦ وما بعدها .

ولا على لزوم أحدهما فيكون شريكا ، فينفسخ به العقد ، وهذا عند المالكية أيضاً .

أما قول من يرى أن خيار التعيين متضمن لخيار الشرط دون اشتراط وهم الحنفية فالبيع ينبرم فى أحدهما ، وعلى من له الخيار أن يعين ذلك لأن خيار الشرط بطل بمضى المدة وبقى خيار التعيين .

ثالثاً : ينتهى خيار التعيين بالضرورة كأن يهلك المبيع بعد القبض فيتعين البيع فيه ، ويتعين الآخر للأمانة ، وذلك لأن الأمانة مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقى للرد وتعين الهالك ضرورة للبيع .

خاتمـــة

وبعد : فقد استبان بوضوح وجلاء أن مشروعية هذه الخيارات الخمسة تستند على الأدلة ، التى تـكفل مصلحة المتعاقدين لأن كلا منهما يتدبر أمره ، ويتحقق مما يكون الأوفق والأرفق بالنسبة له ، وبهذا يندفع الغبن ، ويتوافر شرط الرضا الذى يعتبر عنصراً هاماً فى صحة العقد ، وهذا فى الواقع نظام من أدق النظم التى تحقق استقرار المعاملات وتحافظ على الحقوق ، ولم يكتف الإسلام بهذا القدر من التشريع ؛ بل نراه إلى جانب هذا المنهج الواقعى من التشريع قد لجأ إلى لون آخر ينصب أساساً على التربية الوجدانية فهو يخاطب ضمير المسلم ويدعوه بكل قوة إلى الأخذ بالرفق فى المعاملات ويرغبه فى المسامحة والمساهلة فى البيع والشراء والقضاء والاقتضاء .

وهذه دعوة حق لأن الله العلى الأعلى يعلم أن كل إنسان عنده استعداد للعطاء والمنح بل الأثرة والإيثار ، وإلا لما كان لهذه الدعوة من فائدة ، فإذا كانت هذه الدعوة من الله إلى خلقه فلا شك أنه عليم بهم خبير بطبائعهم : (ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير)[1] .

ولما كان الناس يختلفون فى تقبلهم للخير وإيثارهم بالمعروف وهم متفاوتون فى الدرجات فقد اقتضت حكمة الله أن يكون فى عموم تشريعاته فى العبادات والمعاملات وغيرها حد أدنى يمكن أن يصل إليه الناس جميعاً على اختلاف طبائعهم وقدراتهم بحيث لا يرضى الإســلام من مسلم بأقل من هذا ، وهو يفعل ذلك تحقيقاً للمصلحة المقصودة من التشريـع وهى عدم حرمان أحد من الناس إذا رغب فى الخير والمعروف وفى الوقت

---

(١) سورة الملك آية : ١٤ .

ذاته نرى أن التشريع قد فتح المجال واسعاً لذوى النفوس الكبيرة والهمم العالية لكي يترقوا فى مدارج الكمال بالتقرب إلى الله بما تيسر لهم من النوافل على قدر طاقتهم وقدراتهم وهممهم وهذا فى العبادات .

فإذا ما انتقلنا إلى جانب المعاملات رأينا أن الإسلام قد دعا الناس إلى الرفق والمسامحة وحذرهم من الشح والغش والغبن والخديعة ، فحد بذلك من أطماع الطامعين ، وفتح الباب واسعاً لذوى النفوس الكبيرة والمروءات الكاملة كي تترقى فى مدارج الكمال والرفعة والطهر والقناعة والرضا والترفع عن سفاسف الأمور والنظر دائماً إلى معاليها .

وفى هذا المعنى نقف مع الإمام الشعرانى ، وهو يقارن بين من يقف عند الحد الأدنى من الكمال ، وبين من يسبح فى مدارجها فيقول : إن من يأخذ بالأدنى فقد أخذ بمذهب الأصاغر ومن أخذ بالأكمل والأرقى فقد أخذ بمذهب الأكابر .

قال الشافعى وأحمد : إنه إذا انعقد البيع يثبت لكل من المتبايعين خيار المجلس ما لم يتفرقا أو يختار لزوم البيع ، فإن اختار أحدهما اللزوم بقى الخيار للآخر حتى يفارق المجلس ، أو يختار اللزوم مع قول أبى حنيفة ، ومالك إنه لا يثبت للمتبايعين خيار المجلس ، فالأول مخفف ، والثانى مشدد فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان .

وجه الأول : حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما اخترت يعنى اللزوم .

ووجه الثانى : لزوم البيع بمجرد تمام لفظ البيع والشراء ، ولا يحتاج إلى خيار مجلس .

ويمكن أيضاً حمل الأول على طريقة الأصاغر الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لنفسه فرحمها الشارع بجعل خيار المجلس لهما لقصور نظرهما وترددهما فى لزوم البيع ، كما يصح حمل الثانى على حال الأكابر

الذين يود كل واحد منهم الحظ الأوفر لأخيه ، ومثل هذين لا يحتاجان إلى خيار المجلس لعدم حصول ندم منهما إذا ظهر الأوفر لأخيه بل يفرح أحدهما بذلك[1] .

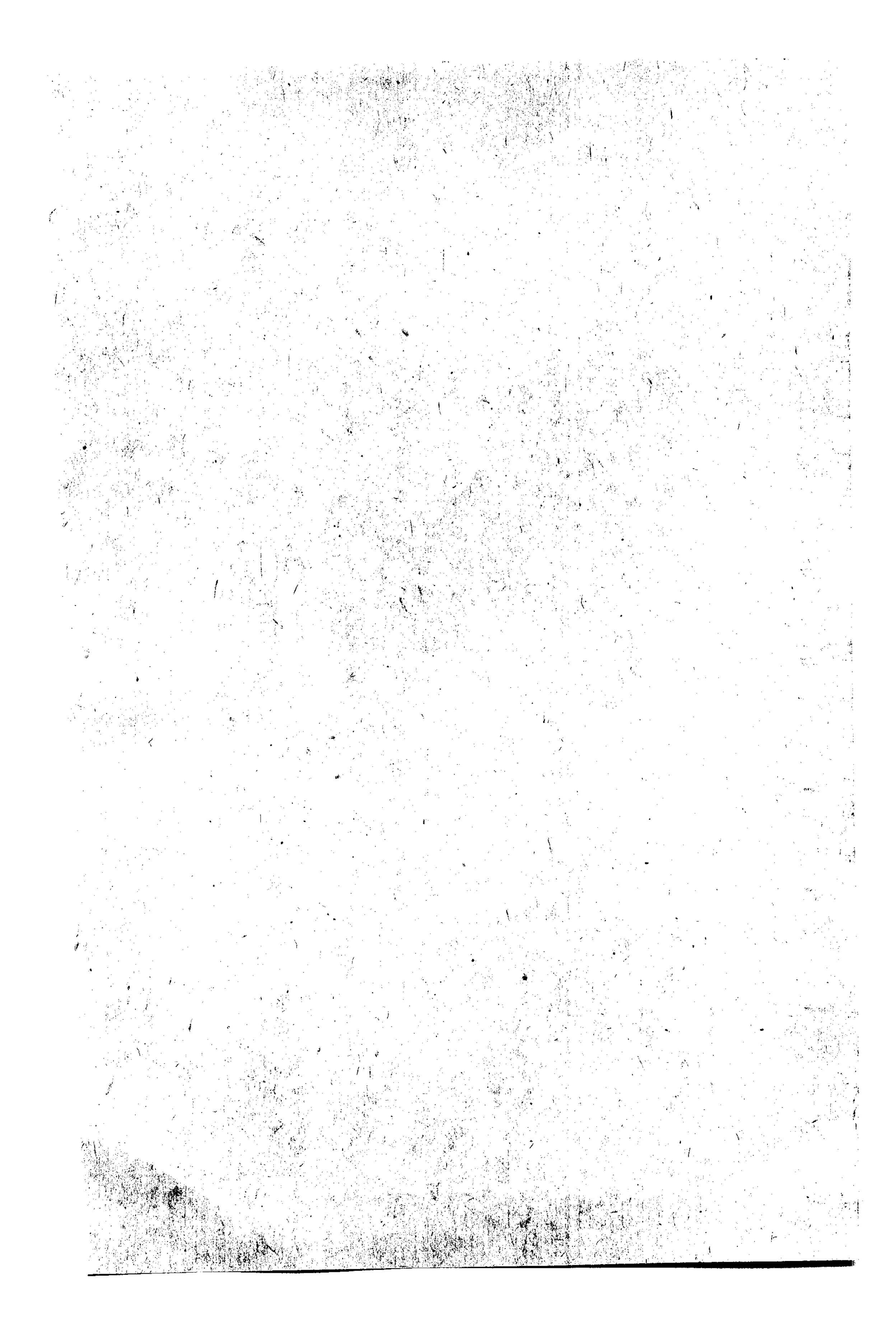
ومن هنا نستطيع أن نقرر أن التشريع الإسلامي قد راعى ظروف الناس واستعدادهم فكان يراعى في تشريعاته كلها الواقعية والمثالية ، والحد الأدنى والأعلى ليرضى جميع الطبقات وكافة البشر ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لا يعلمون .

وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم ؟

دكتور عبد العزيز محمد عزام

---

(١) راجع الميزان للشعراني ج ٢ ص ٦١ .



ثبت المراجع

١ - القرآن الكريم .

كتب التفسير وعلومه

٢ - أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص ط ١٣٤٩ هـ .

٣ - الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى ط دار الشعب بمصر .

٤ - جامع البيان من تأويل القرآن لأبى جعفر محمد بن جرير الطبرى ط دار الشعب بمصر .

٥ - روح المعانى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى لأبى الفضل شهاب الدين الآلوسى ط الثانية

كتب الحديث وعلومه

٦ - بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلانى طبعة مصطفى محمد سنة ١٣٩٣ هـ .

٧ - تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر العسقلانى شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٣٩٢ .

٨ - تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك لجلال الدين السيوطى دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة ١٣٥٧هـ .

٩ - تدريب الراوى فى شرح تقريب النواوى لجلال الدين السيوطى سنة ١٣٩٢ هـ .

١٠ - تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى للإمام الأحوذى المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

١١ - سنن الترمذى للإمام الترمذى المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

١٢ - سنن النسائى للإمام النسائى طبع بالهند سنة ١٣١٦ هـ .

١٣ - سنن أبى داود للإمام أبى داود - دار الكتاب العربى ببيروت .

١٤ - شرح صحيح مسلم للإمام النووى - مطبعة الحلبى بمصر .

١٥ - صحيح البخارى للإمام البخارى طبعة سنة ١٣٧٦ هـ .

١٦ - صحيح مسلم للإمام مسلم بن حجاج مطبعة الحلبى بمصر .

١٧ - عون المعبود شرح سنن أبي داود لمحمد بن أشرف بن أمير بن على بن حيدر طبعة دار الكتاب العربى ببيروت .

١٨ - موطأ مالك بشرح الزرقانى لأبى عبد الله محمد بن عبد الباقى الزرقانى طبعة سنة ١٣٨٢ هـ .

كتب أصول الفقه

١٩ - أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى طبعة سنة ١٣٧٢ هـ .

٢٠ - الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى طبعة سنة ١٣٨٧ هـ .

٢١ - كشف الأسرار على أصول البزدوى لعلى بن محمد البزدوى طبعة سنة ١٣٠٧ هـ .

٢٢ - المستصفى لأبى حامد الغزالى طبعة سنة ١٣٥٦ هـ .

كتب الفقه المذهبى

مذهب الحنفية :

٢٣ - بدائع الصنائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى طبعة أولى سنة ١٣٢٨ هـ ومطبعة الإمام لصاحبها زكريا على يوسف .

٢٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم .

٢٥ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق الزيلعى طبعة سنة ١٣١٤ هـ .

٢٦ - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين طبعة سنة ١٢٧٢ هـ .

٢٧ - العناية فى شرح الهداية للبابرتى طبعة سنة ١٣١٥ هـ .

٢٨ - فتح القدير لكمال الدين ابن الهمام المطبعة الميمنية .

٢٩ - الفتاوى الهندية لفخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى الفرغانى طبعة سنة ١٣١٠ هـ .

٣٠ - المبسوط للسرخسى الطبعة الأولى .

٣١ - الهداية لبرهان الدين الرشدانى المرغينانى .

مذهب المالكية :

٣٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي طبعة المكتبة التجارية بمصر .

٣٣ - التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق طبعة سنة ١٣٢٩ ﻫ .

٣٤ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي طبعة دار احياء الكتب العربية .

٣٥ - الشرح الصغير على متن خليل لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني طبعة سنة ١٣٨٢ ﻫ .

٣٦ - الفروق لأحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي .

٣٧ - القوانين الفقهية لابن جزي دار العلم للملايين ببيروت ١٩٦٨ م

٣٨ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل الحطاب طبعة سنة ١٣٢٩ ﻫ .

٣٩ - المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون عن ابن القاسم طبعة سنة ١٣٢٣ ﻫ .

مذهب الشافعية :

٤٠ - الأم للإمام الشافعي طبعة مكتبة الكليات الأزهرية .

٤١ - تكملة المجموع لعلي بن عبد الكافي السبكي مطبعة الإمام بمصر .

٤٢ - حاشية قليوبي وعميرة على المنهاج لجلال الدين المحلي طبعة المطبعة الميمنية .

٤٣ - حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لعبد الله بن حجازي الشهير بالشرقاوي طبعة سنة ١٣٦٠ ﻫ .

٤٤ - روضة الطالبين للإمام النووي طبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر .

٤٥ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني الخطيب طبعة سنة ١٣٧٧ ﻫ .

٤٦ - المهذب لأبي إسحاق الشيرازي طبعة سنة ١٣٤٣ ﻫ .

مذهب الحنابلة :

٤٧ - تصحيح الفروع لعلاء الدين المرداوى طبعة سنة ١٣٨١ هـ .

٤٨ - الروض المربع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى مطابع الرياض .

٤٩ - شرح منتهى الارادات المسمى د قائق أولى النهى لشرح المنتهى للبهوتى المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٥٠ - الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبو الفرج بن قدامة طبعة سنة ١٣٩٢ هـ .

٥١ - الفروع لابن مفلح طبعة سنة ١٣٨١ هـ .

٥٢ - كشاف القناع للبهوتى مكتبة النصر بالرياض .

٥٣ - المغنى لموفق الدين أبو محمد بن قدامة طبعة سنة ١٣٩٢ هـ .

مذهب الظاهرية :

٥٤ - المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم طبعة المكتب التجارى ببيروت .

مذهب الزيدية :

٥٥ - البحر الزخار لأحمد بن يحيى بن المرتضى مؤسسة الرسالة ببيروت .

٥٦ - التاج المذهب لأحمد بن قاسم العنسى الصنعانى طبعة سنة ١٣٦٦ هـ .

٥٧ - جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار لمحمد بن يحيى بهران الصعدى طبعة سنة ١٣٨٨ هـ .

٥٨ - الروض النضير لشرف الدين الحسين الصنعانى طبعة سنة ١٣٨٨ .

٥٩ - شرح الأزهار لأبى الحسن عبد الله بن مفتاح طبعة سنة ١٣٥٧ هـ .

مذهب الإمامية :

٦٠ - الخلاف فى الفقه لأبى جعفر محمد بن الحسن بن على الطوسى الطبعة الثانية بطهران .

٦١ - الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين الجبعى العاملى طبعة دار الكتاب العربى ببيروت

٦٢ - فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية طبعة دار الملايين ببيروت

٦٣ - المختصر النافع لجعفر بن الحسن الحلى طبعة دار الكتاب العربى ببيروت .

٦٤ - مفتاح الكرامة العاملى المطبعة الرضوية بمصر سنة ١٣٢٤ هـ .

مذهب الاباضية :

٦٥ - شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف إطفيش .

٦٦ - متن النيل لمحمد بن يوسف إطفيش مخطوطة بموسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى .

كتب المقارنات فى الفقه الإسلامى

٦٧ - تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره للدكتور محمد سلام مدكور مطبعة الفجالة الجديدة بمصر .

٦٨ - رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقى الشافعى طبعة سنة ١٣٢٨ هـ

٦٩ - الميزان للشيخ عبد الوهاب الشعرانى طبعة سنة ١٣٢٨ هـ .

٧٠ - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى طبعة سنة ١٩٦٧ .

محاضرات فى خيارات البيع فى الفقه الإسلامى لفضيلة الدكتور عبد الحميد الغفارى

٧١ - المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه الشيخ محمد مصطفى شلبى سنة ١٣٨٥ هـ

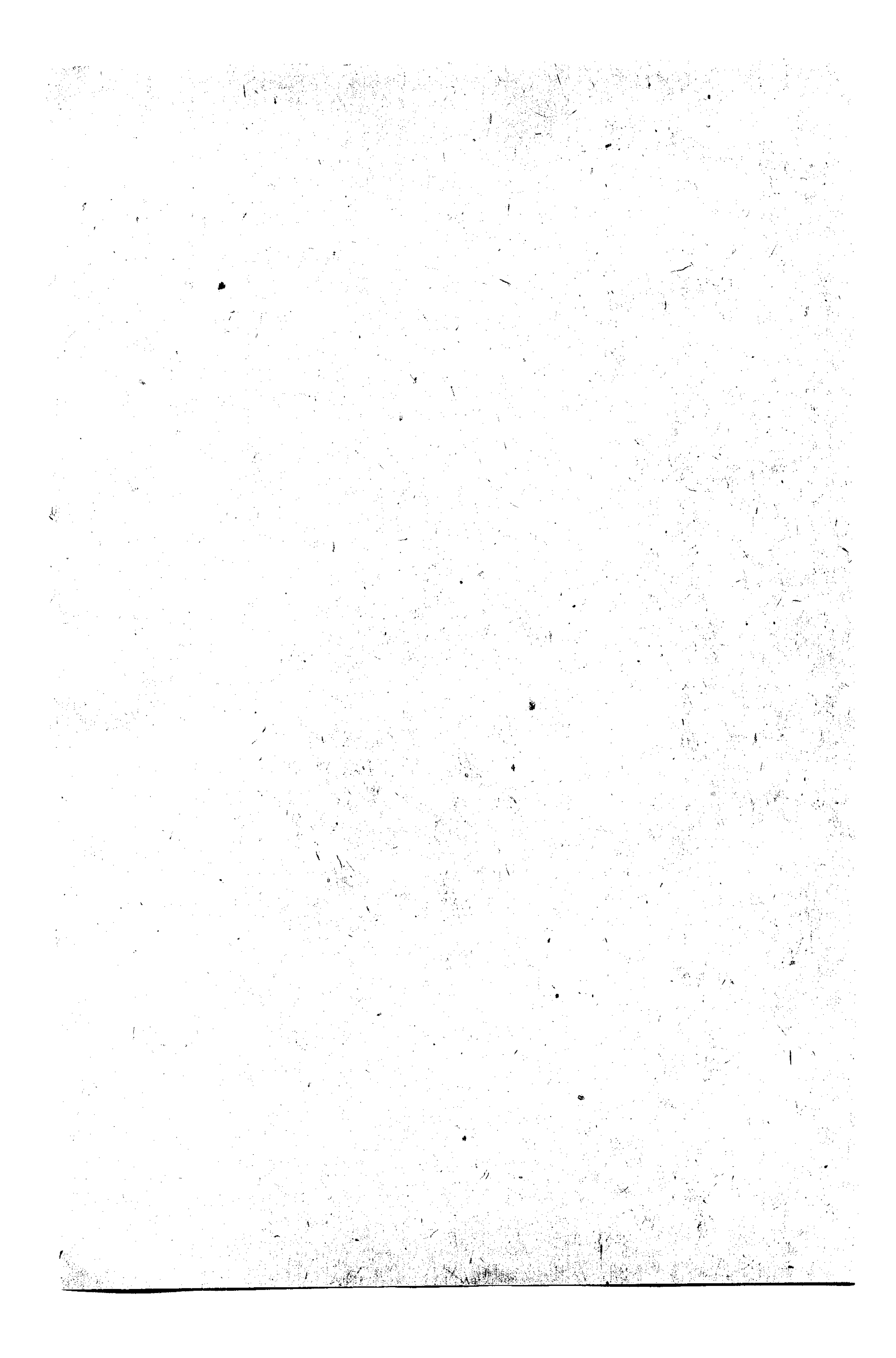
٧٢ - نظرية الفسخ فى الشريعة الإسلامية للدكتور على أحمد مرعى .

كتب المعاجم

٧٣ - القاموس المحيط ط ٤ دار المأمون سنة ١٣٥٧ هـ .

٧٤ - لسان العرب ط ١ المطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠ هـ .

٧٥ - المصباح المنير ط ٦ المطبعة الأميرية سنة ١٩٢٦ م .



تصويبات

خطأ	ص	سطر	صواب
الفقة	٤	١٠	الفقه
بقاب	١٣	١٤	يقلب
الغيب	١٥	٧	العيب
البيجرى	١٩	هامش ٢	البجيرمى
تهاية المحتاج	١٩	هامش ٣	نهاية المحتاج
لأجدهما	٢٠	٦	لأحدهما
الحيار	٢٨	٧	لخيار
اللاجهدين	٣٠	٧	للمجتهدين
فسكأن	٣٠	٨	فسكان
يسهر	٣٣	هامش ٣	بسهر
الخبار	٣٥	١٣	الخيار
والحنابلة	٣٨	٧	الحنابلة
الفظ	٣٠	٩	موضوعة
هى	٤٠	٢ أسفل	وهى
الجهبل	٤٣	٦	الجهل
من	٤٤	٩	مع
تحقيق	٤٩	٧	تحقيقاً
المعقول	٥٠	١	المنقول
حكمة	٥٠	٦ أسفل	حكمه
عهد	٦٤	١٥	غير
فبها	٦٥	٣	فيها
قيه ؟	٨٢	٣	؟ فيه
الزبادة	٨٦	٤ أسفل	الزيادة
الزبادة	٨٦	٢ أسفل	الزيادة

خطأ	ص	سطر	صواب
الربادة	٨٨	٤ أسفل	الزيادة
إمضائة	٨٩	١٣	إمضاءه
أخصر	٩٧	٧	أخص
للنقل	٩٨	٥	النقل
التقدير	١٠٤	هامش ١	القدير
لخصاء	١٠٥	٢	كخصاء
اليعيوب	١٠٥	٣ أسفل	العيب
للعرف	١٠٧	٤	العرف
وقبل	١١٣	٢	قبل
البرارة	١١٤	٤	البراءة
كذبه	١١٥	٨	كذبه
فلا اسلم سقوطه	١٢٩	٤ أسفل	فلا اسلم عدم سقوطه
وهو	١٤٦	٤	فهو
ج ص ٦٠	١٤٧	هامش ٣	ج ٣ ص ٦٠
استلام	١٥٩	٤	استعلام
الثن	١٦٢	٣	الثمن
والزبادة	١٦٣	٦	والزيادة
الزبادة	١٦٣	١٠	الزيادة
جهور الفقهاء والقائلين	١٦٤	السطر الأخير	جمهور الفقهاء القائلين
تأثير	١٨٧	١١	تأثيراً

الفهرس

الموضـــوع	الصحيفة

الموضـــوع | الصحيفة

(رقم الإيداع بدار الكتب ٤٢٣٧/١٩٨٣)

دار الهدى
للطباعة
شارع التراوى ـ السيدة زينب